

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 23

Sayı: 1

2021



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2021



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 23

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2021



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2021

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 23 Sayı: 1 Yıl: 2021

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.021.080.1072

ISSN: 1303-6963

Derginin Sahibi : Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı)

Sorumlu Müdür : Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı (Mayıs-Kasım) olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Prof. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları :

Doç. Dr. Uğur TÜTÜNCÜBAŞI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Direnç AKBAY (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. İlker TEPE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu :

Prof. Dr. Fevzi DEMİR (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi)

Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Özge KARAEĞE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu :

Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Tınaztepe Yerleşkesi 35390 Buca İZMİR
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09
<https://hukuk.deu.edu.tr>

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 24.05.2021

Basım Adedi : 200

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir

Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin
evrensel düzeyde kabul edilmiş;**

Öz Değerleri

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacı

**Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
2. Dergimizde ULAKBİM (HeinOnline)'in kriterlerine göre bilimsel yazılar türlerine göre (makale, çeviri, karar incelemesi, ... vb.) sınıflandırılmaktadır. Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakem tarafından değerlendirilecektir.
3. Yazılar **A-4** boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de **Türkçe olmak üzere makale başlığı (title), öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords)** belirtilmiş olmalıdır.
5. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** olarak hazırlanması ve **50 sayfayı** (Bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir.) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Dipnotların ve Kaynakçanın şu şekilde olması zorunludur:
Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabı kullanılması halinde kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.)
Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları
7. Yazarlar, **unvanlarını**, görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve varsa **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
8. Yazıların ilk değerlendirilmesi **editör** tarafından yapılacak ve daha sonra **Yayın Kuruluna** sunulacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen yazılar (**ULAKBİM/HeinOnline**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar, durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.
11. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office’98 Word” programı altında kaydedilmiş dosyanın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
12. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıla**” verdiği kabul edilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 23 Sayı: 1 Yıl: 2021****İÇİNDEKİLER****MAKALELER****Prof. Dr. Mustafa ALP**

Avrupa Birliği'nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi.....1-37

Prof. Dr. Metin İKİZLER

ABD Hukukunda Konutta Gerçekleşen Ölüm Hakkında Alıcının Aydınlatılması ve Psikolojik Açından Lekelenmiş Konut Kavramına İlişkin Bir Değerlendirme39-67

Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA / Hande ÖZGER (LL.M)

Örgütlü Hapishane Sistemine Geçiş Sürecine İlişkin Tespitler.....69-109

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER

Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi Kapsamında Online İletişim Araçları İle Arabuluculuk Sürecinin İşletilmesi Mümkün Müdür?.....111-162

Dr. Öğr. Üyesi Bayram DOĞAN / Arş. Gör. Didem ERDOĞAN

Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları İle Bakanların Sorumlulukları Meselesi.....163-191

Dr. Öğr. Üyesi Özge ERBEK ODABAŞI

Yargıtay Kararları Işığında Devletin Taşınmazın Tapu Kaydındaki Yüzölçümünün Yanlışlığından Doğan Sorumluluğu.....193-232

Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM

Modern Toplumda Hukuk Devleti: Siyasal Meşrulaştırma Aracı233-256

Dr. Öğr. Üyesi Nalan KAHVECİ

İnançlı İşlemlerde El ve İşbirliği İle Hareket Kavramı.....257-294

Dr. Öğr. Üyesi Burak PINAR

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı Sonrası Limited
Şirketlerdeki Kanunî Temsilci ve Ortaklar Arasındaki Sorumluluk
İlişkisinde Ortaya Çıkan Sıra ve Rücû Sorunu295-313

Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜREM ÇETİNEL

Die Gegenstände der Familienmediation Anlässlich der
Scheidung im Türkischen Recht315-338

Arş. Gör. Dr. Raziye AKSU ÖZKAN

Anonim Şirkette Genel Kanuni Yedek Akçe Kavramına Bağlanan
Hukuki Sonuçlar339-381

Arş. Gör. Dr. Eylem BAŞ

Türk Ceza Hukukunda Canavarca His.....383-429

Arş. Gör. Dr. Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU

Ölen Eşin Aile Konutuna İlişkin Ölüme Bağlı Tasarruflarının
Sağ Kalan Eşin TMK m. 240 Uyarınca Aile Konutunun
Özgülenmesi Talebine Etkisi431-459

Arş. Gör. Dr. Özgecan GÖK

Gümrük Hukuku'nda -Bir İdarî Başvuru Yolu Olarak- Geri Verme
ve Kaldırma461-515

Arş. Gör. Dr. Yahya Berkol GÜLGEÇ

Axio-Systemic Validity: Positivism with Reason.....517-569

Arş. Gör. Dr. Caner TAŞATAN

Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi ve Bu İlkenin Türk Medeni
Kanunu'na Yansımaları571-605

Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ

Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı İle Dönüşümü.....607-638

Arş. Gör. Seher ÇAKAN / Dr. Öğr. Üyesi Orçun AVCIAvrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mükellef Hakları:
Mülkiyet Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkı.....639-678**Arş. Gör. E. Sıla HAFIZOĞLU**Haklı Nedenle Fesih Bakımından Suç ve Suçu Bildirme
Yükümlülüğü79-749**Arş. Gör. Aslıhan NESLİ**Kira Hukukuna İlişkin Örnek Kararlar Işığında Mecelle-i Ahkâm-ı
Adliye'nin Nizâmiye Mahkemeleri Uygulaması751-792**Arş. Gör. Nihal ÖZKARDEŞ**Multinational Enterprises and Selectivity Criterion in State
Aid Cases793-821**ÇEVİRİ****Neil DUXBURY / Arş. Gör. Hüseyin DENGİZ (Çev.)**

Kelsen'in Son Hamlesi823-838

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY

Faculty of Law Review

Volume: 23 Number: 1 Year: 2021

CONTENTS

ARTICLES

Prof. Dr. Mustafa ALP

In the Light of Directive (EU) 2019/1937 on the Protection of
Persons Who Report Breaches of Union Law the Employee's
Disclosure of Illegalities1-37

Prof. Dr. Metin İKİZLER

Disclosure of a Death at the Residential Real Property to the
Buyer in Usa Law and an Assessment on the Concept of
Psychologically Stigmatized Property39-67

Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

Hande ÖZGER (LL.M)

Determinations on Transition Process to Organized Prison System.....69-109

Assoc. Prof. Dr. Ali Gümrah TOKER

Is it Possible to Operate the Mediation Process with Online
Communication Tools under the Hague Child Abduction
Convention?.....111-162

Assist. Prof. Dr. Bayram DOĞAN

Research Assist. Didem ERDOĞAN

The Issue of the Accountabilities of the Presidents and Ministers
in the Presidential Government System163-191

Assist. Prof. Dr. Özge ERBEK ODABAŞI

The Liability of the State Due to Inaccurate Registration of Real Estate Acreage in the View of the Supreme Court Decisions.....193-232

Assist. Prof. Dr. Abdülazim İBRAHİM

State of Law in Modern Society: Tool of Political Legitimization.....233-256

Assist. Prof. Dr. Nalan KAHVECİ

The Concept of Cooperation in Action in Fiduciary Transaction.....257-294

Assist. Prof. Dr. Burak PINAR

The Order and Revocation Problems Arising in the Liability Relations between the Legal Representatives and Partners in Limited Companies After the State Council Precedents Assembly Decisions.....295-313

Assist. Prof. Dr. Merve ÜREM ÇETİNEL

Matters Appropriate for Family Mediation in the Divorce Process under Turkish Law.....315-338

Research Assist. Dr. Raziye AKSU ÖZKAN

Legal Consequences Related to the Concept of General Legal Reserve in a Joint Stock Company339-381

Research Assist. Dr. Eylem BAŞ

Monstrous Feeling in Turkish Criminal Law.....383-429

Research Assist. Dr. Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU

The Impact of Testamentary Disposition Made by the Deceased Spouse on the Claim of the Surviving Spouse Regarding the Grant of Matrimonial Home According to TCC art. 240431-459

Research Assist. Dr. Özgecan GÖK

Repayment and Remission of Duty-As an Administrative Remedy-in Customs Tax Law461-515

Research Assist. Dr. Yahya Berkol GÜLGEÇ

Axio-Systemic Validity: Positivism with Reason.....517-569

Research Assist. Dr. Caner TAŞATAN

The Principle of Favor Testament and its Reflections on Turkish
Civil Code.....571-605

Research Assist. Eşref Barış BÖREKÇİ

The Transformation of Right to Vote Through Internet Voting607-638

Research Assist. Seher ÇAKAN / Dr. Öğr. Üyesi Orçun AVCI

Taxpayer Rights under the Case Law of the European Court of
Human Rights: The Right to Property and the Right to a Fair Trial.... 639-678

Research Assist. E. Sıla HAFIZOĞLU

Crime and Obligation to Report the Crime in the Context of
Termination for Just Cause679-749

Research Assist. Aslıhan NESLİ

Implementation of Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye in Nizamiye
Courts in the Light of Sample Decisions Regarding to Rental Law751-792

Research Assist. Nihal ÖZKARDEŞ

Multinational Enterprises and Selectivity Criterion in State
Aid Cases793-821

TRANSLATION

Neil DUXBURY / Research Assist. Hüseyin DENGİZ (Translator)

Kelsen's Endgame823-838

AVRUPA BİRLİĞİ'NİN 2019/1937 SAYILI BİRLİK HUKUKUNA AYKIRILIKLARI BİLDİRENLERİN KORUNMASI (WHISTLEBLOWING) YÖNERGESİ IŞIĞINDA IŞÇININ HUKUKA AYKIRILIKLARI İFŞA ETMESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.897392>

Prof. Dr. Mustafa ALP*

Öz

Whistleblowing yani hukuka aykırılık ve olumsuzlukların duyurulması (ifşa etme) giderek önem kazanmaktadır. Konunun en önemli boyutu, işletmedeki hukuka aykırılıklardan haberdar olmasına rağmen, sadakat borcu ve haksız işlemlere maruz kalma korkusu nedeni ile ifşa etmekten kaçınan işçilerin ifşa etmeye teşvik edilmesi ve korunmasıdır. AİHM'nin Heinisch kararı ile işçinin AİHS'nin ifade özgürlüğü kapsamında korunması ilkesi kabul edilmiştir. Avrupa Birliği de, Birlik hukukuna aykırılıkların ifşa edilmesindeki kamu yararının, işverenin menfaati ve iş sırrının korunmasından daha önce geleceğini çeşitli düzenlemeleri ile kabul etmiştir. Son olarak konu, AB'nin 2019/1937 sayılı "Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (AB Whistleblowing) Yönergesi"¹ ile ayrıntılı ve kapsamlı bir düzenlemeye konu olmuştur. Bu Yönerge ile whistleblowing konusu çok ileri bir düzeye taşınmakta, işletme içi ifşa kanal ve sistemlerinin zorunlu hale gelmesi, devletlere yetkili ifşa makamu kurma yükümlülüğü getirilmesi, işçilerin bu yetkili makamlara doğrudan ifşa hakkının tanınması, ifşa eden işçinin daha etkin korunması için tüm zararlarının tazmini ve ispat yükünün işverene yüklenmesi gibi önemli yenilikler getirilmektedir. Bu çalışmada iş hukuku bakımından bu yönerge hükümleri değerlendirilmeye ve

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: mustafa.alp@deu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7299-4487> (Makalenin Geliş Tarihi: 01.02.2021) (Makale Gönderilme Tarihi: 01.02.2021/Makale Kabul Tarihi: 10.02.2021)

¹ Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1937>, erişim tarihi: 1.2.2021

gelecek dönemde Türk iş hukukunu da etkilemesi beklenen gelişmelere ışık tutulmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Whistleblowing, AİHM Heinisch/Almanya kararı, Avrupa Birliği 2019/1937 sayılı Yönergesi, İfşa etme, İfşa eden işçinin korunması

IN THE LIGHT OF DIRECTIVE (EU) 2019/1937 ON THE PROTECTION OF PERSONS WHO REPORT BREACHES OF UNION LAW THE EMPLOYEE'S DISCLOSURE OF ILLEGALITIES

Abstract

Whistleblowing in other words the disclosure of illegality and negativities is becoming increasingly important. The most important aspect of the issue is the encouragement and protection of workers who avoid disclosure due to duty of loyalty and fear of being expose to unfair treatment, although they are aware of the illegalities in the business. With the Heinisch decision of the European Court of Human Rights the principle of protecting the employee within the scope of freedom of expression of the ECHR has been accepted. The European Union has also agreed with various regulations that he public interest in disclosing breaches of Union law will take precedence over the interests of the employer and the protection of trade secrets. Finally, the issue has been regulated in detail and comprehensively with the EU's Directive 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law. With this Directive, the subject of whistleblowing is carried to a very advanced level, important innovations are brought such as internal reporting channel and systems have become obligatory, imposed the obligation on states to establish competent disclosure authority, gives employees right of directly disclose to these authorities, compensation for all damage in order to protect the employee who discloses it more effectively and loading the burden of proof on the employer. In this study, it is tried to evaluate the provisions of this directive in terms of labour law and to shed light on the developments that are expected to affect Turkish labor law in the next period.

Keywords

Whistleblowing, Heinisch/Germany decision of ECHR, Directive (EU) 2019/1937, Disclosure, Protection of employee who discloses.

GİRİŞ

Whistleblowing (ifşa etme) ve whistleblowerprotect (ifşa edenin korunması) alanındaki hukuki düzenlemeler dünyada giderek önem kazanmaktadır. Özellikle işletmelerin hukuk kurallarına uyumu (compliance) ve yolsuzlukların önlenmesi amacı ile whistleblowing giderek bağlayıcı yasal düzenlemelere de konu olmaktadır. Bu alanda Avrupa hukukunda yaşanan son önemli gelişme, AB'nin kabul ettiği 23 Ekim 2019 tarihli ve 2019/1937 sayılı "Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması" (Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law) Yönergesi'dir (AB Whistleblowing Yönergesi veya Yönerge). Yönerge ile bir yandan tüm AB ülkelerine 2021 yılı sonuna kadar özel yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirilirken, diğer yandan whistleblowing'in nasıl olabileceği ve whistleblowerprotect konusunda bazıları yeni bağlayıcı ilkeler de getirilmektedir. Konuyla ilgili daha önceki bir önemli gelişme ise AİHM'nin Heinisch/Almanya kararı olmuştur. AİHM kararı ile kabul gören, işyerindeki hukuka aykırılıkları ve olumsuzlukları ihbar eden işçinin belirli koşullarda hukuki güvencelerden yararlandırılmasının zorunlu olduğu ilkesi, artık yeni Yönerge ile belirlenen konularda yasal kabul de görmüş olacaktır. Ancak Yönerge somut düzenleme bakımından bugüne kadar yapılan tüm düzenlemelerin üzerine çıkmış, işletmelerde whistleblowing konusunda başvuru kanalı ile usulü oluşturulmasının zorunlu kılınması, whistleblowing için yetkili idari makamlar kurulması ve işçilerin doğrudan bu makamlara başvurabilmesi, işçiler dışında işletme ve konuyla ilgili diğer kişilerin de korunması, ispat yükünün tersine çevrilmesi gibi önemli ilkeler getirmiştir. Türkiye'nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi de yakın dönemde AİHM içtihadı ve AB Yönergesi esas alınarak konu hakkında özel bir sözleşme hazırlamaktadır². Böylece ülkemiz ve Avrupa ülkeleri ile iş yapan şirketler bakımından da whistleblowing konusu giderek daha büyük bir önem kazanacaktır. Bu nedenle çalışmamızda AİHM Heinisch kararı ve AB Yönergesinde somutlaşan ilkelerin açıklanması hedeflenmektedir. Öncelikle genel hatları ile kavram ve gelişim açıklandıktan sonra ikinci olarak AİHM'nin Heinisch kararı anlatılacaktır. Bunu takiben AB'nin Whistleblowing Yönergesi, hedefleri, kapsamı ve ilkeleri ile birlikte incelenecektir.

² <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28150&lang=en>, erişim tarihi: 29.01.2021

I. KAVRAM VE GELİŞİM

Whistleblowing, çalışanların işyerlerindeki olumsuz durumları ve hatalı işlemleri, işyeri içindeki yetkili organlara, kamu makamlarına, basına veya başka üçüncü kişilere açıklama, şikayet ya da ihbar yolu ile bildirmesidir³. Bu eylemi icra eden çalışana da whistleblower denmektedir. Hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılmasında önemli bir araç olan Whistleblowing, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki ihmellere, çevrenin kirletilmesinden, rekabeti sınırlayan anlaşmalara, vergi kaçaklığından, yolsuzluk ve rüşvete kadar her türlü olumsuzluğun ihbar edilmesini içeren bir eylemdir. İş hukukunda konunun önemi, çalışanın işyerindeki hukuka aykırılıkları ihbar etmesinin meşruluğu, sınırları ve sonuçlarının belirlenmesi noktasındadır.

Uluslararası sözleşmelere ve çeşitli ülkelerde özel kanunlara konu olması yanında Türk hukukunda da bazı somut düzenlemeleri bulunmasına rağmen halen Whistleblowing teriminin Türkçe karşılığı konusunda bir mutabakat oluşmamıştır. Konuyu Türk hukukunda ilk kez inceleyen Aydın “bilgi uçurma” terimini kullanmış⁴, Alp “ifşa ve ihbar” terimlerini yeğlemiştir⁵, diğer çalışmalarda “haber uçurma” ve “ihbar” terimleri kullanılmıştır⁶. Çalışmamızda whistleblowing ile birlikte “ifşa etme” ve “ifşa eden” terimleri de kullanılacaktır.

Whistleblowing konusundaki ilk çalışmalar Anglosakson kültürünün hakim olduğu ülkelerde başlamıştır. Bu çalışmalar İngiltere’de konunun özel bir yasa ile düzenlenmesine kadar ilerlemiş, 1999 yılında Public Interest Disclosure Act (PIDA: Kamu Yararına İfşa Kanunu) yürürlüğe girmiştir. ABD’de whistleblowing konusu Federal False Claims Act (FFCA) ve Sarbanes-Oxley Act (SOA) ile özel olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında bazı eyaletlerde ifşa eden çalışanların korunmasına dair özel düzenlemeler

³ **Schmitt**, Bettina: Whistleblowing – Verpfeifen Des Arbeitgebers, Hamburg, 2003, 1; Benzer Tanımlar İçin: **Aydın**, Ufuk: İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing), Sosyal Bilimler Dergisi 2002-2003, 79, 81; **Aktan**, Coşkun Can: Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı : WHISTLEBLOWING, Mercek Dergisi Ekim-2006, 1; **Alp**, Mustafa: Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi, İstanbul, 2013, 7; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canpolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, İstanbul, 2020, 320.

⁴ **Aydın**, 73.

⁵ **Alp**, a.g.e. 7.

⁶ **Eroğlu**, Kemal/**Sarıbay Öztürk**, Gizem: “İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)”, Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları, Editörler: Sevinç Köse ve Mustafa Alp, Ankara, 2020, 343.

bulunmakta, ayrıca içtihat hukuku ile kötünıyetli feshin önlenmesi (public policy) istisnası ile mahkemeler de ifşa eden işçilere güvence sağlamak-tadırlar. Ancak ifşa etmenin sadece Anglosakson kültüründe özel düzenle-meler ile korunduğu da düşünölmemelidir. Farklı bir kültüre sahip olan Japonya'da dahi İngiliz hukukundaki PIDA örnek alınarak 2004 yılında Whistleblower Protection Act çıkarılmış ve 1.4.2006'da yürürlüğe girmiştir⁷.

İfşa etmenin yolsuzluk ile mücadelede çok önemli ve bazen de tek araç olmasının anlaşılması sonucunda ifşa edenlerin korunması düşüncesi özel-likle yolsuzlukla mücadele alanında uluslararası düzenlemelere de konu ol-muştur. Bu düzenlemelere örnek olarak, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (UN Convention Against Corruption - UNCAC), OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi ile Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Dair Ceza Hukuku Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi gösterilebilir. Türkiye Cumhuriyeti'nin de onayladığı bu sözleşme-ler, ana ilke olarak yolsuzluklarla etkin mücadelede ifşa etmenin önemini kabul eden ve ifşa eden çalışanların gerekli güvencelerden yararlandırılma-sını buyuran hükümler içermektedir.

Kıta Avrupası hukukunda ise whistleblowing konusunda biraz daha çekingen davranılmakla birlikte iki önemli gelişme yaşanmıştır. Bunlardan ilki AİHM'nin Heinisch kararıdır. Heinisch/Almanya davasında AİHM, işyerindeki usulsüzlükleri ifşa eden işçiye etkin bir hukuki koruma sağlama-yan Alman mahkeme kararlarını AİHS'nin ihlali olarak kabul etmiş ve Almanya'yı mahkum etmiştir. İkinci önemli gelişme ise AB'nin kabul ettiği 23 Ekim 2019 tarihli ve 2019/1937 sayılı "Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması" (Directive (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law) Yönergesi'dir. Daha öncesinde özellikle işçilerin iş sağlığı ve güvenliği alanındaki olumsuzlukları ifşa hakkını güvenceye alan düzenlemeler ile yolsuzlukla mücadele kapsamında yapılan kısmi düzenlemeler de bulunmakla birlikte⁸ 2021 yılı sonuna kadar konunun daha kapsamlı ve genel olarak düzenlenmesi böylece zorunlu olmuştur.

⁷ **Lederberger**, Zora: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekaempfung, Bern, 2005, 91; Imbach Haumüller, Diana, Whistleblowing in der Schweiz und im Internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, Zürich, 2011, 160.

⁸ **Alp**, a.g.e. 58 vd.

II. AİHM'İN HEINISCH/ALMANYA KARARI⁹

Dava konusu olay, Berlin'de bir huzurevinde çalışan bakıcı Heinisch, bakım personelinin aşırı iş yükü nedeni ile görevlerini olması gereken şekilde yapamadıkları ve aksamalar olduğu gerekçesi ile şirket yönetimini birkaç kez uyarması ile başlamıştır. Heinisch bu başvurulara yönetimin belgelerde usulsüzlük yaptığını da ifade etmektedir. Bu arada yapılan resmi denetimlerde de aksaklıklar tespit edilmiştir. Heinisch avukatı aracılığı ile şirket yönetimine ve yönetim kuruluna başvurmuş, ancak şirket yönetimi iddiaları kabul etmemiştir. Başvuruları sonuçsuz kalınca Heinisch, şirket yöneticilerinin evrakta sahtekarlık suçunu işlediği iddiası ile savcılığa ihbarda bulunmuş, ancak savcılık kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. İşveren doğrudan buna karşı bir işlemde bulunmasa da bir süre sonra Heinisch'in iş sözleşmesi hastalığından doğan devamsızlığı gerekçesi ile feshedilmiştir. Bu işten çıkarılma üzerine yapılan gösteride işverenin iddia edilen eylemlerini ve savcılığa yapılan ihbarı açıklayan bildirimler dağıtılmıştır. İşçinin savcılığa ihbarından bu şekilde haberdar olan işveren bu sefer bildirim süresinin dolmasını beklemeden haklı nedenle iş sözleşmesini feshetmiştir. Feshin geçersizliğinin tespiti talebi ile açılan davada Berlin İş Mahkemesi davayı kabul ederken, Eyalet İş Mahkemesi aksi yönde karar vermiştir. Mahkemeye daha çok işçinin işvereni savcılığa ihbar etmesi üzerinde durmuş, bu ihbarın sadakat borcunun ağır ihlali olduğu sonucuna varmıştır¹⁰. İşçinin Federal İş Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine başvuruları ise kabul edilmemiş olup, bu mahkemelerin esasa dair gerekçeli kararları bulunmamaktadır¹¹.

Bireysel başvuru ile önüne gelen davada AİHM whistleblowing ile ilgili düzenleme ve ilkeleri özellikle vurgulayarak başvuru Heinisch lehine karar vermiştir ve Almanya'yı tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Kararda dayanan önemli bir düzenleme, Avrupa Konseyi Parlamenterler

⁹ Kararın İngilizce metni için: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["heinisch"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-105777"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{); Resmi olmayan Türkçe özeti için: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["heinisch"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-119493"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

¹⁰ LAG Berlin: Urteil vom 28.03.2006 - 7 Sa 1884/05 BeckRS 2009, 68064, www.beckonline.de

¹¹ Alp, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 385-422 (Basım Yılı: 2014), 385, 395.

Meclisi'nin 29.4.2010 tarihinde “*Protect of Whistleblower*” başlığı altında kabul ettiği 1729 sayılı Kararı'nın 6. Maddesidir. Buna göre ifşa edenler kanunla özel olarak korunmalı, bu koruma belli koşullarda işletme dışı mercilere yapılan ifşa etmeleri de içermelidir¹². AİHM bunun yanında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (GGASS) m. 24 ve ekine, Almanya tarafından onaylanmamış olmasına rağmen 158 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 5. Maddesine işaret etmekte, ayrıca Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi, Yolsuzluğa Karşı Mücadele Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ve diğer yolsuzlukla mücadele konusundaki uluslararası sözleşmeleri anmaktadır. GGASS ve 158 Sayılı ILO Sözleşmesinde başvuru hükümler, işçinin işveren aleyhine tanıklık yapması, işvereni şikayet etmesi ve hakkını araması üzerine gerçekleşen feshin geçerli sayılmayacağına dair hükümlerdir¹³.

AİHM'ne göre kendi ulusal hukukundaki ilkeler yanında uluslararası hukukun düzenlemelerini de dikkate almayan mahkeme kararı ile Almanya, AİHS m. 10'daki ifade özgürlüğünü ihlal etmiştir. Mahkeme devletin özel hukuk ilişkilerinde de bireylerin ifade özgürlüğünü korumakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Kararın temel tartışma konusu ise savcılığa ihbar şeklinde gerçekleşen ifşa etme üzerine iş aklının haklı nedenle feshinin demokratik bir toplumda gereklilik ve yerindedir. AİHM bu konuda değerlendirme yaparken önce bazı prensipler yani değerlendirme ölçütleri ortaya koymaktadır: Temel ilke işçinin ifade özgürlüğünün işverene sadakat yükümlülüğüne göre daha öncelikli ve korunmaya değer olmasıdır. İşçinin işyeri dışı mercilere ihbarda bulunması son çare olmalıdır. Fakat buna karşılık kamunun bilgi edinme hakkı ve bilginin gerçekliği de dikkate alınmalıdır. Bir değerlendirme yapılırken ayrıca işverenin görebileceği zarar, işçinin motifi ve tarafların çatışan menfaatleri karşılaştırıldığında işçiye uygulanan yaptırımın ölçülü olması da gözetilmelidir¹⁴.

Bu ölçütlere göre mahkeme işçinin savcılığa ihbarda bulunmak yerine başvurulabileceği başka alternatifler kalmadığına işaret etmiştir. Zira işçinin daha önce şirket yönetimine yaptığı başvurular sonuçsuz kalmıştır ve şirketin ayrı bir iç denetim mekanizması da bulunmamaktadır. İhbar konusu bilgilerin gerçekliği ise daha önce yapılan resmi denetimlerde aynı yönde tespitlerde bulunulması nedeni ile kabul edilebilir. AİHM delil yetersizliği

¹² Karar metni: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1729.htm>

¹³ **Alp**, a.g.m. 397, 398.

¹⁴ **Alp**, a.g.m. 399 vd.

nedeni ile soruşturma yapılmaması ile ihbar konusunun gerçek olmamasının farklı olduğuna işaret etmektedir. Cezai kovuşturmaya gidilmemiş olması tek başına işçinin gerçeğe aykırı bir ihbarda bulunduğu anlamına gelmez. İşçinin ihbarda bulunurken iyiniyetli davrandığı da kabul edilebilir. Doğrudan medyaya başvurmak yerine önce işvereni uyarıp, sonra savcılığa ihbarda bulunup ancak bu ihbar da sonuçsuz kalınca bildiri dağıtmaya girişen işçinin davranışı mahkeme tarafından ölçülü de bulunmaktadır. İşverenin ihbar nedeni ile zarar göreceği kabul edilmekle birlikte huzurevlerinin ve yaşlı bakımının iyi işlenmesi ve bu konuda bilgi edinmeye yönelik kamusal menfaatin ağır bastığı kabul edilmektedir. Şikayetçi işçinin uğradığı zarar ise iki yönden aşırı bulunmaktadır: Birincisi haklı fesih iş ilişkisindeki en ağır yaptırımdır. İkincisi, ihbar eden işçiye uygulanan misilleme (sözleşmenin feshi) sadece aynı işletme işçileri için değil, aynı sektördeki tüm işçiler bakımından ihbar etmekten caydırıcı bir etki yapacağı için ağırdır¹⁵.

Sonuç olarak AİHM, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğü ve işçinin işyerindeki hukuka aykırılıkları ifşa etme hakkının önemi karşısında işçinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığına karar vermiştir. AİHM Alman mahkemelerinin işverenin itibarını ve haklarını korumak ile işçinin düşünce özgürlüğünü korumak arasında adil bir denge kuramadıklarını ve bunun sonucunda AİHS Madde 10'un ihlal edildiğini de kararında vurgulamaktadır. AİHM Heinisch lehine 10.000 Euro manevi tazminata hükmetmiştir. Ayrıca AİHM kararı sonrasında işe iade davası Almanya'da yeniden görülmüş, mahkeme önünde gerçekleşen sulh ile Heinisch'in iş sözleşmesinin derhal fesihle son bulmadığı, yetersizlik nedeni ile yapılan fesih bildirimiminin işletme gerekleri ile fesih bildirimine dönüştüğü kabul edilmiştir. Ayrıca işverenin Heinisch'e 90.000 Euro tazminat ödemesi ve onun mesleki geleceğini olumsuz etkilemeyecek bir çalışma belgesi vermesinde anlaşılmıştır¹⁶.

AİHM whistleblowing ve ifşa eden çalışanların korunması konusunda böylece temel ilkeleri belirlemiş olmaktadır. Öğretide belirtildiği üzere AİHS m. 10'daki ifade özgürlüğü bu karar karşısında çalışanların işyerindeki olumsuzluklar konusunda toplumu bilgilendirme hakkını güvenceye almaktadır. Artık çalışanların AİHS ile korunan bir "ifşa hakkı" olduğu söylene-

¹⁵ Alp, a.g.m. 400.

¹⁶ <https://www.anstageslicht.de/themen/medizin/whistleblowerin-brigitte-heinisch-altenpflege-berlin-vivantes/brigitte-heinisch-zum-2-mal-vor-dem-landesarbeitsgericht/>
erişim tarihi: 30.1.2021

bilir¹⁷. Vatandaşlık haklarının kullanılmasının ilke olarak feshi haklı kılacağı, aksinin istisna olduğunu kabul eden Eyalet İş Mahkemesi kararının yanlış olduğu Alman öğretisinde de kabul edilmektedir¹⁸. Gerçek durum tam aksine vatandaşlık haklarının kullanılmasının feshi kural olarak haklı kılma-yacağıdır. Ancak çalışanın ifşa ve ihbar hakkı sınırsız değildir; çalışanın iyiniyetli olması ve ölçülü davranması zorunludur. Bu koşullara uygun olarak çalışanın ihbarı, işverene zarar vermek, kazanç elde etmek gibi saiklerle değil kamu yararına gerçekleşmelidir. Daha da önemlisi ifşa edilen hususlar gerçek olmalı, asılsız isnatlardan kaçınılmalıdır. Fakat çalışanın ihbarı sonucu işverene yönelik ithamlarının gerçek olmadığına anlaşılması, örneğin ceza kovuşturmasında takipsizlik veya beraat kararı verilmesi tek başına çalışanın kötüniyetli olduğunu kabul etmeyi gerektirmez. Aslıyan çalışanın iyiniyetli olduğudur ve iyiniyetli olarak ihbar ettiği hususların gerçek olduğuna inanmış ise çalışanın bir iş hukuku veya ceza hukuku yaptırımına uğratılmaması gerekir¹⁹.

Ancak AİHM sadakat borcunun iş ilişkisinde önemli bir rolü olduğunu, işçinin işverenin sırlarını ve itibarını korumakla yükümlü olduğunu da kabul etmektedir. Bu nedenle bazı temel koşulların varlığı araştırılmalıdır. Bunlardan ilki ifşa eden çalışanın iyiniyetli olmasıdır. İyiniyetli olma kapsamında öncelikli koşul, çalışanın saikidir. İntikam alma, kazanç elde etme gibi amaçlarla ifşa eden işçiye sağlanacak güvence sınırlı olabilir. İşçi asıl olarak kamu yararı için ifşa etmelidir. Bundan daha önemlisi, işçinin asılsız isnatlarda bulunmamasıdır. İfşa eden işçi, ihbar ettiği hususların gerçek olduğuna iyiniyetli olarak inanıyor olmalıdır. İkinci koşul ise işçinin ifşa ederken de ölçülü davranmasıdır. Savcılık, kamuoyu gibi işletme dışı kişilere ifşa son çaredir. İşçi öncelikle konunun işletme dışı kişi ve kurumlara duyurulmadığı, işverene daha az zarar veren başka araçlar ile olumsuzluğu önlemeye çalışmalıdır²⁰. Somut olayda çalışanın işverene önceden başvurmuş ve uyarılmış olması karşısında artık savcılığa ihbarın ölçülü olduğu kabul edilmektedir. Ancak AİHM her durumda mutlaka işverenin uyarılmasına öncelik vermekte, bunun “pratik” olmadığı durumlarda doğrudan işyeri dışı kişi ve

¹⁷ AİHM'nin *Guja/Moldova* – 14277/04, 12.2.2008 kararında bir kamu görevlisinin kamudaki olumsuzları ihbar ve ifşa etmesi de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir. Buna da dayanarak ifşa ve ihbar hakkının sadece işçileri değil, tüm bağımlı çalışanları kapsadığı söylenebilir. <http://echr.ketse.com/doc/14277.04-en-20080212/> erişim tarihi: 30.1.2021

¹⁸ **Ulber**, Daniel: “Whistleblowing und EGMR”, NZA 2011, 962, 963.

¹⁹ **Alp**, a.g.m. 418.

²⁰ **Alp**, a.g.m. 416.

kurumlara başvurulabileceğini belirtmektedir. Somut olayda çalışanın işverenini yeterince uyarılmış olması karşısında AİHM hangi durumlarda işverenin uyarılmasına gerek olmadığını tartışmamaktadır²¹.

III. AB'NİN 2019/1937 SAYILI “BİRLİK HUKUKUNA AYKIRILIKLARI BİLDİRENLERİN KORUNMASI” YÖNERGESİ (AB WHISTLEBLOWING YÖNERGESİ)

1. AB Hukukunda Konunun Gelişimi

AB Whistleblowing Yönergesi bu alanda düzenlemeler içeren ilk yönerge değildir. Gelişim süreci incelendiğinde ilk olarak AB'nin 2013/36 sayılı Kredi Kuruluşları Faaliyetlerine Erişim ve Kredi Kuruluşları ile Kıymetli Evrak Kurumlarının Denetimi Yönergesi (Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC)²² ile whistleblowing ile ilgili hükümlere yer verildiği görülmektedir. Yönerge'nin “Aykırılıkların İhbarı” başlıklı 71. Maddesi uyarınca üye devletler, bu yönergeye aykırılıkların ifşa edilmesini sağlayacak etkili bir sistem kurmakla, özellikle de yetkili kurumların bildirimlerle ilgilenecek bir iç ifşa-ihbar sistemi oluşturmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu kapsamda kurumların iç mekanizmalarına ifşa eden çalışanların ayırimcılıktan ve diğer her türlü misillemeden uygun şekilde korunması da bir yükümlülüktür²³. Ayrıca ifşa edenlerin kimlikleri de mümkün olduğunca gizli tutulacaktır (Madde 71/2-a, b ve c)²⁴. Aynı düzenleme, 2014/65 sayılı “Finansal Araç Piyasaları Hakkında” Yönerge (Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments)²⁵ madde 73'te, 2015/849 sayılı “Finans Sisteminin Para Aklama ve Terör Finansmanı İçin Kullanı-

²¹ Alp, a.g.m. 416 vd.

²² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0036>

²³ **Gerdemann**, Simon: “Whistleblower als Agenten des Europarechts, Die Whistleblowing-Rechtsakte der EU von ihren Anfängen bis zur aktuellen Whistleblowing-Richtlinie, NZA Beilage, 2020, 43, 44; **Schmolke**, Klaus Ulrich: “Die neue Whistleblower-Richtlinie ist da! Und nun? Zur Umsetzung der EU-Richtlinie zum Schutz von Hinweisgebern in das deutsche Recht, NZG 2020, 5.

²⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0036&from=EN>

²⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1611055864922&uri=CELEX%3A32014L0065>

minin Engellenmesi” Yönergesi (Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing)²⁶ madde 61’de ve 2016/97 sayılı “Sigorta Temsilcilikleri” Yönergesi (Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution) madde 35’te de yer bulmuştur²⁷.

Aynı içerikte bir düzenleme AB’nin 6.4.2016 tarihli 596/2014 sayılı “Piyasalar Manipülasyonlarının Önlenmesi” Tüzüğü (Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) madde 32’de de yer almıştır²⁸. Ancak bu Tüzük’te ilave olarak üye devletlerin finans sektörü işverenlerine işçilerin başvuracağı bir şirket ifşa-ihbar sistemi kurma zorunluluğu getirmekle yükümlü oldukları ile ifşa edenlerin teşvik edilmesi için mali ödüller getirilebileceği de açıkça ifade edilmiştir (Madde 32/3 ve 4).

Konuyla ilgili diğer bir hüküm ise 2016/943 sayılı “İş Sırlarının Korunması” hakkında Yönerge (Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure) madde 5 hükmüdür²⁹. Madde 5/b uyarınca kamu yararına davranılmış olmak kaydı ile iş sırlarının, mesleki veya diğer bir olumsuzluğu ya da hukuka aykırılığı ortaya çıkarmak amacı ile kullanılması veya açıklanmasına karşı başvurular reddedilip Yönerge kapsamında korunmayacaktır. Böylece whistleblowing’in kamu yararına amaçlar izlenmek kaydı ile iş sırlarından daha fazla korunmaya değeri olduğu vurgulanmış olmaktadır³⁰.

Bu ve diğer AB düzenlemelerinde ifşa etme ve ifşa edenlerin korunması konusunda ayrıntılara inilmediği ve özel alanlar ile sınırlı bir amaç izlendiği görülmektedir. Konumuz bakımından bu düzenlemelerde ortak üç husus öne çıkmaktadır: Yetkili ulusal makamların ifşa etmeyi mümkün kılan ve ifşa edenin kimliğini gizli tutan bir sistem kurmakla yükümlü olması,

²⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849&qid=1611056366239>

²⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0097&qid=1611056822209>

²⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014R0596>

²⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0943#>

³⁰ **Gerdemann**, 45.

ilgili normun kapsamına giren işletmelere bir şirket içi ifşa sistemi kurma yükümlülüğü getirilmesi ve ifşa eden çalışanların ayırimcılığa karşı korunması³¹. Mali ve finansal sektörleri içeren, asıl olarak whistleblowing'i yolsuzlukla mücadele amacı olarak sınırlayan bu özel düzenlemeleri sonuçta Whistleblowing Yönergesi ile AB hukukuna aykırılıkların ifşa ve ihbarını buyuran, ifşa edenlerin korunması ve ifşa sistemleri konusunda ayrıntılı hükümler içeren genel bir düzenleme izlemiştir. Whistleblowing Yönergesi Ek 2'de bu yönergeler ve diğer benzer hükümler içeren yönergeler de sayılmaktadır. Whistleblowing Yönergesi madde 3/1 uyarınca özel hüküm olarak Ek 2'de sayılan yönerge hükümleri öncelikli olmakla birlikte, eğer bu yönergelerdeki düzenlemeler bağlayıcı bir yükümlülük içermiyorsa Whistleblowing Yönergesi uygulanır.

2. Yönergenin Amaçları

Whistleblowing Yönergesinde AB hukukuna aykırı olarak kamu zararına neden olabilecek durumları ifşa ve ihbar etmenin önemi vurgulanarak, çeşitli konularda yapılan düzenlemelere rağmen genel bir düzenlemenin gerekli olduğu vurgulanmaktadır. Son yıllarda medyada geniş yer bulan bazı olaylar, işletmeler içinde gerçekleşen usulsüzlük ve hukuka aykırılıkların kamu menfaatlerine verdiği ağır zararları göz önüne sermiştir. İfşa edenlerin hukuka aykırı işlem ve eylemleri bildirmesi ve bilgi sağlaması sayesinde hukuka aykırılıklar ile mücadelede çok önemli bir avantaj sağlanmaktadır. İdari gözetim makamları kadar işletmelerin üst yönetimleri de bu bilgi ve ihbarlar sayesinde işletmelerdeki usulsüzlük ve aykırılıkların önlenmesi, piyasa adaleti ve ortak menfaatlerin korunması için gereken adımları atabilme imkanına kavuşmaktadır³². Bu nedenlerle Whistleblowing Yönergesi ile ifşa etmenin aktif olarak desteklenmesi için (gerekçe 1-5), işletme içi ve işletme dışı ihbar mekanizmalarının oluşturulmasını (gerekçe 7 vd.) ve ifşa edenlere geniş kapsamlı bir koruma sağlanmasını amaçlamaktadır (gerekçe 19-21 ve 23 vd.). Yönerge madde 1 uyarınca amaç, AB hukukuna aykırılıkları bildiren kişilerin en iyi şekilde korunmasını sağlayacak asgari standartları belirlemek suretiyle belirli alanlardaki Birlik hukuku ve politikasının daha iyi uygulanmasını sağlamaktır.

³¹ Gerdemann, 44.

³² Gerdemann, 46; Schmitt, Laura: "Geheimnisschutz und Whistleblowing, Aktuelle Rechtslage und Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland", NZA Beilage 2020, 50, 53.

Yönerge'de, gördüğü işle ilgili olarak kamu zararına olan durumları ifşa edenlerin, AİHS madde 10'daki ifade özgürlüklerini kullandıkları da açıkça vurgulanarak AİHM içtihadı ile bağlantı kurulmaktadır (gerekçe 31). Yönergede, öncelikle işçinin işyerindeki mercilere başvurması esas olmakla birlikte, AİHM içtihadı ile geliştirilen ölçütler dikkate alınarak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan bir ifşa etmedeki yarar ve kamu yararı ile işverenin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilerek işçiye işyeri dışı mercilere ifşa etme imkanı da verilmesi uygun görülmektedir (gerekçe 33). İfşa edenlerin etkin şekilde korunması için sadece onlara doğrudan yapılan misillemeler değil, dolaylı olarak gerçekleşen misillemelere karşı da güvence sağlanması (gerekçe 44) ve hatta ifşa edenlerin yakınlarının da etkin şekilde korunması önemle vurgulanmaktadır (gerekçe 41). İfşa edenlerin hangi amaçla ifşa ettiği ise güvencelerin sağlanması bakımından bir rol oynamayacaktır (gerekçe 32).

Yönerge'de ifşa edenin korunması kadar hatta biraz daha ayrıntılı olarak üzerinde durulan konu, ifşa etme için gerekli işletme içi merciler ile bağımsız yetkili makamların kurulması ve işleyişi olmaktadır. Yönerge bu hali ile sadece ifşa edenin korunması değil, aykırılıkların etkin bir şekilde ifşa edilmesini sağlayacak tüm imkanların sunulması amacını da izlemektedir³³. Aşağıda işletme içi ifşa kanalları ile yetkili makamlar bakımından Yönerge'nin hükümleri üzerinde ayrıca durulacaktır.

3. Kapsam

a. Konu Bakımından Kapsam

İfşa etmeye konu hususlar bakımından Yönerge madde 2'de bir sayım yapılmakta, ayrıca ilgili diğer yönerge ve düzenlemeler Yönerge ekinde sayılmakta ve uygulama alanı bu şekilde belirlenmektedir. Uygulama alanının sınırlı olmasının nedeni AB'nin düzenleme yapma yetkileri ile sınırlı kalma gereğidir³⁴. Üye devletlerinin belirlenen bu alanları aşarak başka konuları da içeren bir düzenleme yapmaları mümkündür (madde 2 fıkra 2). Madde 2'deki sayım sınırlayıcı olmakla birlikte sonuçta kapsamın geniş olduğu da görülmektedir³⁵. İhlal halinde ifşa edilmesi güvence altına alınan AB hukuku konuları şunlardır: Kamu ihaleleri ve imtiyazlarının verilmesi, finans hiz-

³³ Schmolke, 6.

³⁴ Schmitt, 55.

³⁵ Schmolke, 6.

metleri ve piyasaları, para aklama ve terör finansmanının önlenmesi, ürün güvenliği ve standartlara uygunluğu, ulaşım güvenliği, nükleer enerji güvenliği, gıda ve yem ürünleri güvenliği, hayvan sağlığı ve korunması, kamu sağlığı, tüketicinin korunması, kişisel verilerin ve iletişim ve haberleşme sistemlerinin korunması, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Sözleşme madde 325 anlamında birliğin mali menfaatleri ve bunlarla ilgili tedbirler, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Sözleşme madde 26/II anlamında mal, şahıs, hizmetler ve sermayenin serbest dolaşımına dair kurallar, rekabet hukuku ve kurumlar vergisine dair düzenlemeler.

Whistleblowing yani ifşa etme, giriş kısmında açıklandığı üzere kavram olarak sadece bir hukuk kuralının ihlalini değil, ahlak ve etik kurallarına hatta sözleşmelere aykırılıkları da içermektedir. AB Whistleblowing Yönergesi ise sadece madde 2’de sayılan konularda ve Yönerge ekinde sayılan AB Yönerge ve Tüzüklerindeki kurallara aykırılıkları kapsamına almaktadır. Etik kurallara aykırılıklar ve diğer olumsuzluklar koruma kapsamı dışındadır. Buna karşılık, kanunun dolanılması sureti ile dolaylı olarak Yönerge kapsamındaki kuralların ihlali de Yönerge kapsamında kalmaktadır³⁶.

Yönerge madde 3’de ise açıkça Yönergenin kapsamı dışında bırakılan konular sayılmaktadır. Buna göre üye devletlerin ulusal güvenlikle ilgili yetki ve sorumluluklarına dair konular kapsam dışındadır³⁷. Özellikle savunma ve güvenlikle ilgili kamu ihalelerine dair hususların, konuyla ilgili birlik hukukuna aykırılık oluşturmadıkça bu yönerge kapsamına girmediği vurgulanmaktadır (madde 3/2). Bazı konularda ise Birlik hukuku ve ulusal hukuk düzenlemelerinin önceliği belirtilmektedir. Bunlar, devlet sırrının korunması, avukat ve hekimlerin sır saklama yükümlülükleri, hakimlerin sır saklama yükümlülüğü ve ceza yargılamasına dair konulardır (Madde3/3). Ayrıca iş hukukuna dair bazı konularda da Yönerge ile işçilerin haklarına müdahale edilmediği ve sınırlama getirilmediği açıkça vurgulanmaktadır. Buna göre, işçilerin temsilcileri veya sendikalarına başvurma hakları ile bu başvurular nedeni ile gerçekleşen haksız işlemlere karşı korunmalarına dair ulusal hukuk düzenlemeleri de yönergeden etkilenmeyecektir.

b. Kişi Bakımından Kapsam

Konu bakımından getirilen sınırlamalara karşılık kişi bakımından Yönerge ile mümkün olduğunca çok kişiye güvence sağlanmasının amaç-

³⁶ Schmolke, 6.

³⁷ Bu şekilde örneğin AB’de bir Snowden vakası olursa Yönerge’deki güvencelerin uygulanmayacağı kabul edilebilir, Schmolke, 6.

landığı görülmektedir. Gerekçelerde de belirtildiği üzere bunun nedeni, yolsuzluk ve hukuka aykırılıklara tanık olan ve bilgi sahibi olan geniş ve farklı statülerde bir çalışan grubunun olabilmesi ve mümkün olduğunca bu çalışanların hepsinin ifşa etmesinin sağlanabilmesidir. Bilgi toplama imkan ve kanallarının bu şekilde geniş tutulması, sadece işçiler veya sadece kamu görevlileri ile sınırlı kalmayıp herhangi bir şekilde iş bağlantısı üzerinden hukuka aykırılık bilgisi olabilecek herkesin dahil edilmesi hedeflenmiştir.³⁸ Yönergede açıkça “iş ilişkisi nedeni ile bir ihlal hakkında bilgi sahibi olan kişiler” için Yönerge hükümlerinin geçerli olduğu ve “en azından” maddede sayılan kişileri kapsadığı” belirtilerek kişi bakımından kapsam geniş tutulmakta ve sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı belirtilmektedir. Ayrıca özel sektör çalışanları kadar kamu çalışanlarının da Yönerge kapsamında oldukları açıkça vurgulanmaktadır (Madde 4 Fıkra 1 c. 1).

Yönerge kapsamına giren kişiler şu şekilde sayılmaktadır (Madde 4 Fıkra 2 ve 3):

- a) İşçiler ve memurlar,
- b) Bağımsız çalışanlar,
- c) Hisse sahipleri ve icra yetkisi olmayan üyeler de dahil olmak üzere bir işletmenin yönetim veya denetim organlarında görev alanlar ile gönüllü veya ücretli ya da ücretsiz stajyerler,
- d) Yüklenici, alt yüklenici ve tedarikçilerin yönetim ve gözetiminde çalışan kişiler,
- e) Hizmet ilişkisi sona ermiş ve bu hizmet ilişkisi kapsamında bilgi sahibi olanlar,
- f) İşe girme işlemleri sırasında veya diğer sözleşme öncesi görüşmelerde bilgi sahibi olan adaylar,

Ayrıca ifşa edenin korunmasıyla ilgili Yönerge Bölüm VI'daki hükümler uygun düştüğü ölçüde aşağıdaki kişilere de uygulanacaktır (Madde 4 Fıkra 4):

- a) Aracılar³⁹,
- b) İfşa edenle bir bağlantısı olan ve iş ilişkisiyle bağlantılı olarak misilleme yapılabilecek kişiler, örneğin ifşa edenin iş arkadaşları veya akrabaları,

³⁸ Gerdemann, 47.

³⁹ Aracılar Yönerge'de çalışana ifşa etmede işi kapsamında destek olan ve bu yardımı sır saklama yükümlülüğüne tabi gerçek kişiler olarak tanımlanmaktadır (madde 5 fıkra 8)

- c) İfşa edenin maliki olduğu veya hizmet verdiği ya da iş ilişkisinde başka herhangi bir şekilde bağlantıda olduğu tüzel kişiler.

Böylece Yönerge'nin işçiler yanında memurları, alt işveren ve tedarikçi işçilerini, stajyerleri, yönetim-denetim kurulu üyelerini, pay sahiplerini ve hatta bağımsız çalışan serbest meslek sahiplerini dahi içerdiği görülmektedir. Ancak temel koşul, bu kapsamdakilerin işle ilgili olarak yani iş bağlantıları veya iş ilişkilerine dair faaliyetleri kapsamında ihlale dair bilgiyi edinmeleridir. Yönerge'de bu "işle ilgili olma" koşulu vurgulanmakta ve ayrıca tanımlanmaktadır (Madde 5/9 "work-related context" "beruflicher kontext"). Ayrıca işten ayrılmış çalışanlar iş ilişkileri sırasında öğrendikleri ve işe girmek için aday olanlar da iş görüşmelerinde öğrendikleri ihlalleri bildirmeleri halinde Yönerge kapsamında korumadan yararlanacaklardır. Bunun yanında ifşa edenle bir bağlantısı olan ve zarar görebilecek olan iş arkadaşı veya akrabalar ile ifşa edenin herhangi bir bağlantısı olan tüzel kişiler, örneğin ortağı olduğu veya çalıştığı bir şirket de Yönerge Bölüm VI'da ifşa edenlere sağlanan korumalardan yararlanabilecektir. Buna karşılık hekimler ve avukatlar bakımından Yönerge herhangi bir hüküm içermemekte, hastadoktor ile avukat-müvekkil ilişkisindeki sır saklama dokunulmazlığını korumaktadır. Tüzel kişilerin dahil edilmesi ise özellikle büyük şirketler ile iş yapan onların hukuka aykırı davrandığını ifşa eden küçük şirketlerin korunmasını sağlamak bakımından düşünülmüştür⁴⁰.

4. İşletme İçi – İşletme Dışı İfşa ve Kamuoyuna İfşa Etme Konusunda İlke

İşletme içi ifşa etmede işçi, işletmedeki olumsuzluğu-ihlali işletme içindeki kişi veya merciler ile paylaşmaktadır. Mevzuata aykırı bir durumun yönetim kuruluna veya hukuka uyum (compliance) sorumlusuna bildirilmesi buna örnektir. İşletme dışı ifşa etme ise işçinin durumu yetkili mercilere, sivil toplum kuruluşlarına, medya veya sosyal medyaya açıklamasıdır⁴¹. İşletme içi ifşa etme, istenen sonucu vermeme, işçinin kimliğinin açığa çıkması ve misillemelere daha kolay maruz kalması bakımından sıkıntılı olabilmektedir. Buna rağmen, işletme dışı ifşa etme, işçinin sadakat borcu ile bu borcun alt görünümleri olan sır saklama ve işverene zarar veren açıklamalardan kaçınma borçlarına aykırılık oluşturabilir. Bu nedenle ifşa etmenin

⁴⁰ Gerdemann, 47, 48.

⁴¹ Yurtsever, Gülçimen: Şirket Etik Kodu, Hazırlanışı, Uygulanışı ve İçeriği, Ankara, 2000, 87; Alp, a.g.e. 6.

öncelikle işletme içi gerçekleşmesi yeğlenir⁴². Ölçülülük ilkesine uygun olarak işçi, öncelikle işletme içi ifşa etme ile amacına ulaşmaya çalışmalı, haklı istisnalar aksini gerektirmedikçe işletme dışı ifşadan kaçınmalıdır. Ancak işletme içi ifşa etme yetersiz kaldığında işçi önce yetkili kamu makamlarına, en son çare olarak kamuoyu ve medyaya başvurmalıdır. Whistleblowing konusundaki ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile de ağırlıklı olarak işletme içi ifşa etmenin öncelikli olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Ancak geç kalınmasında sakınca bulunan acil durumlarda veya işletme içi ifşa etmenin örneğin işverenin zaten durumu bilmesi nedeni ile yararsız olduğunun bariz olduğu hallerde ya da işçinin misillemelere maruz kalacağını kabul etmekte haklı olduğu ve benzeri durumlarda doğrudan işletme dışı ifşa etmenin haklı olduğu kabul edilebilir⁴³.

AB Whistleblowing Yönergesi ile bu yaklaşım terk edilmektedir. Yönerge'de işletme içi ifşa etme ayrıntılı şekilde düzenlenmesine rağmen hiçbir hükmünde işletme içi ifşa etmenin öncelikli olduğu belirtilmemektedir. Aksine Yönerge madde 10'da işletme dışı ifşa düzenlenirken, bunun işletme içi ifşa etmeden sonra olması gerektiği, doğrudan işletme dışı ifşa da olabileceği belirtilmektedir⁴⁴. Yönerge madde 15/I-a'da da işçinin doğrudan işletme dışı ifşa etme halinde dahi Yönerge ile sağlanan güvencelerden yararlanma hakkı olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Böylece Yönerge ile çalışan-

⁴² **Reichhold**, Hermann, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, 4. Auflage 2018, § 54 Wettbewerbsverhalten, Rn. 41, www.beckonline.de, erişim tarihi: 14.12.2020

⁴³ **Alp**, a.g.e. 23 vd., 39 vd., 184 vd., 216.

⁴⁴ "Without prejudice to point (b) of Article 15(1), reporting persons shall report information on breaches using the channels and procedures referred to in Articles 11 and 12, after having first reported through internal reporting channels, or by directly reporting through external reporting channels."

"Unbeschadet des Artikels 15 Absatz 1 Buchstabe b melden Hinweisgeber Informationen über Verstöße unter Nutzung der Kanäle und Verfahren gemäß den Artikeln 11 und 12, nachdem sie zuerst über interne Meldekanäle Meldung erstattet haben, oder indem sie direkt über externe Meldekanäle Meldung erstatten".

Sans préjudice de l'article 15, paragraphe 1, point b), les auteurs de signalement signalent des informations sur des violations en utilisant les canaux et procédures visés aux articles 11 et 12, après avoir effectué un signalement par le biais de canaux de signalement interne ou en effectuant un signalement directement par le biais de canaux de signalement externe".

⁴⁵ "the person first reported internally and externally, or directly externally in accordance with Chapters II and III" "Er hat zunächst intern und extern oder auf direktem Weg extern gemäß den Kapiteln II und III Meldung erstattet," la personne a d'abord effectué un signalement interne et externe, ou a effectué directement un signalement externe"

lara doğrudan işletme dışı ifşa etme hakkı tanınmış olmaktadır. Yönerge’de işletme içi ifşa etmenin önceliğinden ziyade işverenin gerekli önlemler ile işletme içi ifşa etmeyi teşvik etmesi üzerinde durulmakta, madde 7, 8 ve 9’da konu ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Yönerge’ye göre üye devletler, işletme içinde etkin tedbirler alınabilecek ve ifşa edenin misillemeye maruz kalmayacağı durumlarda işletme içi ifşa etmenin tercih edilmesine gayret ederler (Madde 9/2). Ancak üye devlet ve işveren üzerine düşenlerin tamamına yerine getirirse dahi çalışan doğrudan işletme dışı ifşa etmekte serbest kabul edilmekte ve Yönerge ile öngörülen güvencelerden yararlandırılmaktadır⁴⁶.

Ancak Yönerge ile sağlanan bu “doğrudan” işletme dışı ifşa etmenin de bazı sınırları bulunmaktadır. Yönerge anlamında işletme dışı ifşa, üye devletlerin kurduğu yetkili makamlara bildirimdir. Yönerge madde 10 ve 15’den işletme dışı ifşa etmenin madde 11 ve 12’de belirtilen usule uygun olması gerektiği anlaşılmakta, bu maddelerde de bağımsız yetkili makama ifşa etme ile ilgili hususlara yer verilmektedir. Ancak işletme dışı ifşa etmenin sadece ulusal yetkili makam ile sınırlı olmadığı, Avrupa Birliği’nin yetkili organ ve kurumlarına ifşa etmenin de Yönerge ile sağlanan güvencelerden yararlanma sonucunu doğuracağı da açıkça kabul edilmektedir (Yönerge madde 6/4).

Bu durumda çalışanın doğrudan medya, sivil toplum örgütleri veya sosyal medya aracılığı ile kamuoyuna durumu bildirmesi Yönerge ile güvence altına alınmamaktadır. Çalışanın medya ve kamuoyuna ifşa etmesinin hangi durumlarda haklı kabul edilebileceği ve güvencelerden yararlanabileceği ise (public disclosures) Yönerge madde 15’de son çare olarak belirtilmekte ve iki olasılıkta açıklanmaktadır⁴⁷. Buna göre, ilk olasılıkta çalışanın Yönerge’de belirtilen usule uygun olarak önce işletme içi sonra işletme dışı ifşa veya doğrudan işletme dışı makamlara ifşa etmesine rağmen Yönerge madde 9 veya 11’de belirtilen süreler içinde uygun önlemler alınmamış ise çalışan artık başka kişilerle de bilgi paylaşabilir (madde 15/1-a). İkinci olasılıkta ise bazı durumlarda çalışan Yönerge anlamında işletme içi veya işletme dışı ifşa etmeyi atlayıp doğrudan da bilgi paylaşabilecektir. Bu

⁴⁶ Almanya ve Fransa’nın kendi hukuklarına uygun olarak iç ifşa kanalının önceliğinden yana oldukları ama bunu kabul ettiremedikleri ifade edilmektedir, bkz. **Dzida, Boris/Granetzyn, Thomas**: “Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, NZA 2020, 1201, 1203; Taslakta işletme içi ifşanın önceliği bir yükümlülük olarak öngörülmüşken bunun değiştirildiği yönünde: **Gerdemann**, 48. Bu hali ile de Yönerge’nin yeterince net olmadığı yönünde: **Schmitt**, 56.

⁴⁷ **Dzida/Graenetzyn**, 1203.

durumların neler olabileceği de iki alt seçenekte açıklanmaktadır: İlk seçenek, işletmedeki aykırılığın kamu yararına doğrudan ve açık bir tehdit oluşturması, örneğın acil bir durum veya ağır bir zarar tehlikesinin bulunmasıdır (madde 15/1-b-i). İkinci seçenek ise işletme dışı yetkili makama ifşa etme halinde de çalışanın misillemelere maruz kalması veya aykırılık ile mücadele edilmesi olasılığı zayıfsa doğrudan başka kişiler ile bilgi paylaşımının haklı kabul edilmesidir. Örnek olarak, delillerin gizlenmesi veya karartılması, aykırılığın faili ile bir kamu makamı arasında bir anlamının varlığı kabul edilebilmesi ya da yetkili makamın aykırılığa dahil olması halleri sayılmaktadır (madde 15/1-b-ii).

Bu hali ile Yönerge'nin ifşa etme sistemi şöyle özetlenebilir: İşletme içi veya Yönerge ile kurulan bağımsız idari makamlara doğrudan ifşa etme ve ancak istisnaen bunları aşır kamuoyu ile bilgi paylaşma. Bu nedenle Yönerge'nin doğrudan işletme dışı ifşa etme hakkından ziyade doğrudan Yönerge'ye uygun kurulmuş bağımsız idari makamlara ifşa hakkı getirdiğini söylemek daha isabetli olacaktır. Ancak bu hali ile dahi Yönerge önemli bir yenilik getirmekte, işletme içi ifşa etmenin yani işverene başvurmanın önceliğini, Yönerge kapsamı ile sınırlı olsa da, ortadan kaldırmaktadır. Belirli koşullar ve bazı olağanüstü durumlarda çalışanın ikincil olarak veya doğrudan yetkili makamları da atlayarak, kamuoyuna başvurma hakkı da saklı tutulmaktadır. Yönerge böylece işverenin menfaatleri ve çalışanın sadakat borcundan ziyade kamunun menfaatlerine öncelik vermektedir.

5. İşletme İçi İfşa Etme ve İşverenin Yükümlülükleri

Yönerge'nin ikinci bölümünde madde 7 ila 9'da işletme içi ifşa etme konusu düzenlenmektedir. Yönerge'de önemli bir yenilik oluşturan ve ayrıntılı olarak düzenlenen husus, tüzel kişi kurum ve kuruluşlar ile işverenlere işletme içi ifşa etme için kanal ve usuller oluşturma yükümlülüğü getirilmesidir (madde 8). Madde 8/1 uyarınca üye devletler, özel ve kamu tüzel kişilerinin işletme içi ifşa etme ve bununla ilgili alınacak tedbirler için başvuru kanalı kurmasını ve başvuru usulünü belirlemesini sağlarlar. Ulusal hukukta öngörülmesi halinde sosyal tarafların da bu konuda görüş ve onayları alınır⁴⁸. Bu başvuru kanal ve usulleri, tüzel kişilerin işçileri ile madde 4'de kapsama alınan tüzel kişi ile ilişkisi olan kişilerin ifşa etmesini mümkün

⁴⁸ Member States shall ensure that legal entities in the private and public sector establish channels and procedures for internal reporting and for follow-up, following consultation and in agreement with the social partners where provided for by national law.

kılmalıdır (madde 8/2)⁴⁹. Böylece Yönerge işletme içi ifşayı belirsiz bir halde bırakmamakta, işverenlerin işletme içi ifşa konusunda uygun kanallar-merciler oluşturmasını ve bunun usulleri somutlaştırıp kurallara bağlamasını aramaktadır.

İşletme içi ifşa kanal ve usulü oluşturma yükümlülüğü özel hukuk tüzel kişilerinde 50 ve daha fazla işçi çalışması halinde uygulanır. Fakat buna bazı istisnalar da getirilmiştir: Yönerge Ek I B’de sayılan, finans hizmetleri ve araçlarının düzenlenmesi ile kara para aklama ve terör finansmanının önlenmesine dair AB düzenlemeleri ile Yönerge Ek II’de sayılan ulaşım ve çevre korumasına dair AB düzenlemelerinin kapsamına giren tüzel kişilerde işçi sayısına bakılmadan Yönerge’deki yükümlülükler uygulanır (madde 8/4). Ayrıca üye devletler özellikle çevre ve kamu sağlığı alanlarında olmak üzere özel olarak riskli özel sektör işletmelerinde 50 işçi sayısı koşulunu kaldırabilirler (madde 8/7). Buna karşılık geçiş sürecinde gereken işlem ve düzenlemelerin tamamlanması için Yönerge ile 250’den az çalışanı olan tüzel kişiler bakımından bir istisna getirilmiştir: Üye devletlerin Yönerge’ye uygun ulusal düzenlemeler yapması için belirlenen son tarih 17 Aralık 2021’dir. İşletme içi ifşa kanal ve usulü oluşturma yükümlülüğü için ise 50 ila 249 arasında çalışanı olan tüzel kişilerde 17 Aralık 2023 tarihine kadar bir geçiş süresi verilebilir (madde 26/1-2). Kamu tüzel kişileri ve bunların sahibi olduğu veya kontrol ettiği kuruluşlarda ise çalışan sayısı bakımından bir sınırlama yoktur. Ancak üye devletler 50’den az çalışanı olan kamu tüzel kişilerini bu yükümlülüklerden muaf tutabilirler (madde 8/9).

Başvuru kanalı işletmede yetkilendirilen bir kişi veya bir bölüm ile oluşturulabilir ya da işletme dışı bir üçüncü kişiden de bu konuda hizmet alınabilir (madde 8/5). Bu şekilde uygulamada genellikle “compliance office” veya “uyum sorumlusu” gibi adlar altında çalışan, bazen bir telefonla veya elektronik ihbar sistemi ile desteklenen (whistleblower-hotline), işçilerin muhtemel hukuka aykırılıkları doğrudan iletebildikleri kişi veya bölümlerin kurulması, 50 ve daha fazla çalışanı olan tüzel kişi işverenler bakımından bir zorunluluk haline gelmektedir. Kamuda ve spesifik risk doğuran özel sektör tüzel kişilerinde bu sayıdan daha az çalışanı olan işletmeler de yükümlülük kapsamına alınabilir. İşletme içi başvuru kanallarının hangi adla

⁴⁹ The channels and procedures referred to in paragraph 1 of this Article shall enable the entity's workers to report information on breaches. They may enable other persons, referred to in points (b), (c) and (d) of Article 4(1) and Article 4(2), who are in contact with the entity in the context of their work-related activities to also report information on breaches.

ve ne şekilde oluşturulacağı konusunda Yönerge bir sınırlama içermemekte, konuyu üye devletlerin ulusal hukukuna bırakmaktadır.

Buna karşılık, başvuru kanalının hangi niteliklerde çalışması gerektiği ve uyulacak bazı usul kuralları, ifşa etmenin etkinliğinin sağlanması amacı ile bazı ayrıntılara inilerek Yönerge madde 9'da özel olarak düzenlenmektedir. Buna göre madde 8 uyarınca oluşturulan başvuru kanal ve usulleri aşığıda sayılan unsurları içermelidir (madde 9/1).

- a) Başvuru kanalı, ifşa eden ve başvuruda adı geçen kişilerin kimliklerinin gizli tutulacağı ve yetkisi olmayan çalışanların erişemeyeceği şekilde güvenli kurulmalı ve işletilmelidir;
- b) İfşa edenin başvurusunun alındığı yedi gün içinde onaylanmalıdır;
- c) Başvuru üzerine alınacak önlemler konusunda yetkili tarafsız bir kişi veya bölüm görevlendirilmelidir; bu kişi veya bölüm başvuru kanalı ile aynı da olabilir; görevlendirilen kişi veya bölüm ifşa edenle bağlantı içinde olmalı, gereğinde ondan ek bilgiler talep ermeli ve ona geri bildirimde bulunmalıdır;
- d) (c) bendine göre görevlendirilen kişi veya bölümün başvuru üzerine alacağı önlemler belirlenmelidir;
- e) Ulusal hukukta kabul edilmiş ise anonim ihbarlarda alınacak önlemler belirlenmelidir;
- f) İfşa edene geri bildirimde bulunulacak uygun bir süre belirlenmeli ve bu süre başvurunun alındığının onaylanmasını takiben üç ayı aşmamalıdır;
- g) Madde 10 uyarınca işletme dışı yetkili makamlara ve gereğinde Avrupa Birliği organ ve kurumlarına başvuru usulüne dair açık ve kolay erişilir bilgiler verilmelidir.

Bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere Yönerge, işletmelerin whistleblowing başvuru kanallarının işleyişini açık ve belirli kurallara bağlı bir hale getirmekte, özellikle savsaklamalar ile işçinin oyalanması ve ifşa etmenin etkisiz hale getirilmesini önlemeye çalışmaktadır. Başvurunun alındığının en geç yedi gün içinde onaylanması ve en geç üç ay içinde ifşa edene geri bildirimde bulunulması sayesinde ifşa etmenin sürüncemede bırakılmasının önlenmesi hedeflenmektedir⁵⁰. İşçi, kime veya hangi makama ifşa

⁵⁰ Üç ayın karmaşık olaylarda kısa bir süre olabileceği eleştirisi için: **Dzida/Granetzy**, 1202.

edeceği, ne şekilde ve nasıl bildirimde bulunacağı ve hangi tedbirlerin alınacağı konularında da önceden bilgilendirilmiş olmalı, işletmenin ifşa sistemi şeffaf olmalıdır. İfşa etmenin şekli konusunda ise Yönerge, başvurunun yazılı veya sözlü ya da her iki şekilde de mümkün olması gerektiğini, sözlü başvurunun telefon veya diğer bir sözlü iletişim aracı ile yapılabileceğini ve ifşa eden talep ederse sözlü başvuru üzerine ayrıca bir toplantı da yapılacağını öngörmektedir (Madde 9/2).

6. Yetkili Makamlara İfşa ve Üye Devletlerin Yükümlülükleri

Yönerge ile üye devletlere de ifşa etme için yetkili makamlar kurma ve bunların etkili bir şekilde işlemlerini sağlama yükümlülüğü getirilmektedir (Obligation to establish external reporting channels and to follow up on reports). Bu yükümlülüğün ayrıntıları madde 11 ve devamında düzenlenmektedir. Madde 11/1 uyarınca üye devletler, bildirimleri kabul eden, geri bildirimde bulunan ve uygun önlemler alan yetkili makamları belirler ve onlara gereken imkanları sağlarlar. Bu yetkili makamlar, ifşa etme için bağımsız ve özerk başvuru kanallarına sahip olmalıdır (madde 11/2-a)⁵¹. Yönerge’de “bağımsız ve özerk” başvuru kanalı olarak kabul edilmek için bulunması zorunlu nitelikler de sayılmaktadır: İfşa konusu bilgilerin bütünlüğü, doğruluğu ve mahremiyetini koruyacak, bilgilere yetkisi olmayan çalışanlarının erişimini engelleyecek şekilde tasarlanmış, kurulmuş ve işletiliyor olmak ile yeni soruşturmalara da imkan verecek şekilde bu bilgilerin Yönerge madde 18’e göre kalıcı olarak saklanmasını mümkün kılmak (madde 12/1).

Yetkili makamlar gerekli eğitimin de verildiği yetkili kişileri görevlendirirler. Bu yetkililer, ilgililere ifşa etme usulü ve bildirimlerin kabul usulü hakkında bilgi vermek, bildirimleri kabul etmek, gerekli önlemleri almak, geri bildirimde bulunmak ve gerekirse ek bilgi almak için ifşa edenle toplantıyı korumakla yükümlüdürler (madde 12/4-5). Yetkili makamların çalışma esasları da bazı ayrıntılara yer verilerek belirlenmektedir (madde 11/2 (b) vd.): Yetkili makamlar bildirim alınıldığını derhal ve her durumda en geç yedi gün içinde onaylamalıdır. Sadece ifşa edenin bunu istememesi veya bu işlemin ifşa edenin kimliğini açığa çıkaracağını kabul etmeyi gerektiren nedenler bulunması halinde bu yükümlülük yerine getirilmeyebilir. Yetkili makamlar ifşa edilen konuda gereken önlemleri almalı, ifşa edene bildirim

⁵¹ “Member States shall ensure that the competent authorities: (a) establish independent and autonomous external reporting channels, for receiving and handling information on breaches;”

üzerine yapılan incelemelerin sonuçları hakkında bilgi vermeli, AB hukuku veya ulusal hukuka göre mümkün ise ifşa edilen konuyu AB'nin yetkili organlarına gecikmeden aktarmalıdır. Ayrıca yetkili makam, ifşa edene azami üç ay içinde veya haklı gerekçeleri bulunduğu en fazla altı ay sonra geri bildirimde bulunmalıdır (madde 11). Yönerge anlamında yetkili makamların, soruşturma ve araştırma konusunda yetki sahibi olan makamlar ile aynı merciler olmadığı anlaşılmaktadır. Whistleblowing bakımından yetkili makam daha ziyade ifşa edenle konu hakkında yetkili makam arasında bir köprü vazifesi görmektedir. Yetkili makam, ifşa edenin kimliğini gizli tutarak ve onunla bağlantıyı koruyarak aynı zamanda bilgilerin doğru ve tam iletilmesini de sağlayarak konu hakkında yetkili makamı bilgilendirecek ve ifşa edene geri bildirimde bulunarak soruşturmanın gidişatını izleyecektir⁵².

Yetkili makamlar ayrıca internet sayfalarından Yönerge ve ifşa etme konusunda madde 13'de sayılan diğer gerekli bilgileri ilan etmekle de yükümlüdürler. Yetkili makamların çalışma usul ve esaslarını madde 14 uyarınca düzenli olarak en fazla üç yılda bir denetlemesi ve bu denetim sonuçlarına göre çalışma esaslarında gerekli değişiklikleri yapması da zorunlu tutulmaktadır.

Gerek işletme içi gerek yetkili makamlara ifşa bakımından Yönerge bazı ortak kuralları da özellikle vurgulamaktadır. Bunlar, mahremiyet, kişisel verilerin korunması ve raporlama kurallarıdır.

Mahremiyet kuralı (madde 16), ifşa eden kişinin kimliği ile verdiği bilgilerin gizli tutulmasına dair hükümler içermektedir. Kural olarak ifşa edenin açık onayı olmadan kimliği ve onun kimliğinin tespit edilmesini sağlayabilecek bilgiler açıklanamaz. İstisnaen Birlik hukuku veya ulusal hukuka göre yetkili makamlar veya mahkemelerin araştırmaları kapsamında bir yükümlülük varsa ya da ilgilinin savunma hakkının korunması için ifşa edenin kimliği ve diğer bilgiler açıklanabilir. Ancak Yönerge bu durumda dahi ifşa edenin korunması için bazı sınırlamalar getirmektedir. Öncelikle ifşa edenin kimliği ve diğer bilgilerin açıklanmasına dair yükümlülük zorunlu ve ölçülü olmalıdır. İfşa edene bu durumda gereken güvenceler sağlanmalı, özellikle kimliği açıklanmadan önce ifşa eden durumdan haberdar edilmelidir, meğer ki bu nedenle araştırmalar veya yargılama tehlikeye girsin. Yetkili makam ifşa edeni durumdan haberdar ederken kimliği ve diğer bilgileri açıklamasının nedenlerini de yazılı olarak sunmalıdır (madde 16/1-3). Yönerge'de ayrıca ifşa konusunun iş sırrı niteliğinde bilgiler içermesi halinde bu iş sırla-

⁵² Gerdemann, 49.

rının da gizli tutulması, hukuka aykırılığın araştırılması ve gereken önlemlerin alınmasının gerektirdiğinin ötesinde iş sırlarının kullanılmaması ve açıklanmaması öngörülmektedir (madde 16/4).

Yönerge uyarınca elde edilen kişisel verilerin işlenmesinde ise AB'nin 2016/679 sayılı Tüzüğü ve 2016/680 sayılı Yönergesi hükümlerine uyulması zorunludur. İlgili bilgilerin AB organ veya kurumları arasında paylaşımı ve iletiminde ise AB'nin 2018/1725 sayılı Tüzüğü dikkate alınacaktır. İfşa edilen hususlar bakımından bir önemi olmadığı açıkça anlaşılan kişisel veriler ise ya hiç toplanmamalı veya derhal silinmelidir (madde 17). Gerek işletme içi ifşa kanalları gerek yetkili makamlar, Yönerge madde 18'de çeşitli olasılıklara göre ayrıntılı olarak belirlenen şekillerde ifşa bildirimlerini raporlamakla da yükümlü tutulmalıdır.

7. İfşa Edenlerin Korunmasına Dair Kurallar

a. Korumanın Koşulları

Whistleblowing konusunda şüphesiz en önemli sorun, ifşa edenin hangi koşullarda ve nasıl en etkili şekilde korunacağı sorunudur. Bu konudaki uluslararası düzenlemeler genellikle devletlere ifşa edeni koruma yükümlülüğü getirmekle birlikte bunun somut düzenlemesini ulusal hukuka bırakmaktadır. Bazı ülke hukuklarında konuyla ilgili getirilen özel güvencelerin ise farklılıklar içerdiği ve genellikle de ifşa eden bakımından bazı koşullara bağlandığı görülmektedir. Özellikle öne çıkan koşul, ifşa edenin iyiniyetli hareket etmesidir⁵³. Ancak iyiniyet terimi altında üç farklı ölçütün ifade edildiği görülmektedir: İşçinin kasten asılsız iddialarda bulunmaması, ifşa edilen eylemin gerçek ve hukuka aykırı olduğuna dair kanaatinin haklı gerekçelere dayanması ve son olarak kişisel bir amaç gütmemesi, özellikle işverene zarar verme veya menfaat sağlama amaçları ile değil, kamu yararına ifşa etmesi⁵⁴.

Yönerge madde 6'da ifşa edenin hangi şartlar altında Yönerge ile sağlanan güvencelerden yararlandırılacağı düzenlenmektedir. Yönerge ifşa edenin güvencelerden yararlanmasını iki koşula bağlamaktadır: Birincisi, ifşa edilen hukuka aykırılığın gerçekten mevcut olduğunu ve aykırılığın Yönerge'nin kapsamına girdiğini kabul etmek için yeterli gerekçeleri bulunması. İkincisi, işletme içi veya yetkili makamlara işletme dışı ifşada bulunması

⁵³ Örnekler için: Alp, a.g.e. 176, 177.

⁵⁴ Alp, 175.

veya madde 15'de belirlenen koşullara uymak kaydıyla kamuoyuna ifşa etmesi (madde 6/1)⁵⁵.

Bu hali ile ifşa edenin kasten asılsız iddialarda bulunması hali Yönerge bakımından da güvence kapsamı dışında kalmaktadır. Yönerge'de açıkça kasten asılsız bilgi verenlere etkili, uygun ve caydırıcı yaptırım uygulanacağı kabul edilmektedir (madde 23/2). Bununla birlikte, AB Whistleblowing Yönergesinde ile ifşa edenin iyiniyetli olması gerektiği de belirtilmemektedir. Bu durum daha ziya ifşa edenin hangi amaçla ifşa ettiğinin Yönerge bakımından hiçbir önem taşımaması anlamına gelmektedir⁵⁶. Yönerge ile sağlanan güvencelerden yararlanmak için Yönerge'de ifşa edenin hangi saikle hareket ettiğinin bir önemi olmadığı gerekçe 32 son cümlede açıkça belirtilmektedir⁵⁷. Bu şekilde AB yasa koyucusu, üye devletleri de yapacakları düzenleme bakımından sınırlamakta, ifşa edenin sonradan haklarını aradığında mahkemenin "iyiniyetli olmadığı" nı kabul ile onu güvencelerden yararlandırmama veya sınırlı yararlandırması tehlikesinin önüne geçmektedir. Bu nedenle Yönerge kapsamında ifşa edenin, örneğin işverenine zaten kızgın olduğu için onu cezalandırmak veya bir ödüle hak kazanmak gibi saikler ile ifşa edip etmediği önem taşımayacaktır. Bu durumda örneğin ücretine zam talebini reddedildiği için kızarak işletmede gerçekten mevcut bir hukuka aykırılığı yetkili makama ifşa eden işçinin güvencelerden yararlanacağı kabul edilmektedir⁵⁸.

Yönergeye göre güvencelerden yararlanmak için ifşa edenin, açıkladığı bilgilerin Yönerge kapsamında bir hukuka aykırılığı ortaya çıkarmak için gerekli olduğunu kabul etmesi için yeterli gerekçeleri bulunması yeterlidir. Bu durumda ifşa eden hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz (madde 21/2). Bu ifadelerden, ifşa edenin, gerçekte mevcut olmayan bir hukuka aykırılığı var zannetmesi ve ifşa etmesi yani hata halinde de korunacağı anlaşılmaktadır.

⁵⁵ "Reporting persons shall qualify for protection under this Directive provided that:

(a) they had reasonable grounds to believe that the information on breaches reported was true at the time of reporting and that such information fell within the scope of this Directive; and

(b) they reported either internally in accordance with Article 7 or externally in accordance with Article 10, or made a public disclosure in accordance with Article 15.

⁵⁶ **Schmolke**, 6; **Gerdemann**, 48; **Schmitt**, 55.

⁵⁷ "The motives of the reporting persons in reporting should be irrelevant in deciding whether they should receive protection."

⁵⁸ **Dzida/Graenetzyn**, 1204; İfşa etme salt veya ağırlıklı olarak zarar vermek amacı ile gerçekleşmiş ise hakkın kötüye kullanımının kabul edileceği ve ifşa edenin korunmayacağı yönünde: **Schmitt**, 56.

Yönerge bu hali ile kötünüyeti olmadan hataen ifşa edenin, sonradan ifşa konusu hususların gerçekte var olmadığı anlaşılrsa dahi sorumlu tutulmaması gerektiği yönünde AİHM'nin Heinisch kararında geliştirdiği ilkeler ile uyumludur⁵⁹. Var olduğu sanılan aykırılık hakkında ifşa edenin önlenabilir bir hataya düşüp düşmediği dahi sorgulanmadan, sadece ifşa edenin aykırılık olduğunu düşünmekte makul nedenlerinin bulunması güvence için yeterli kabul edilmektedir⁶⁰. Ayrıca buradaki hatanın hukuki nitelemede hatayı da kapsayacağı, Yönerge kapsamında olmayan bir hukuka aykırılığın hataen kapsamda olduğu kabul edilip ifşa edilmesi halinde de ifşa edenin güvencelerden yararlanacağı da kabul edilmektedir⁶¹.

Yönerge aynı zamanda çalışanın işverene sadakat borcu bakımından da bir sınırlama getirmemektedir. İş ilişkisinde çalışanın işverene sadakat borcu kapsamında sır saklama ve işverene zarar verecek açıklamalardan kaçınma borcu olduğu kabul edilir⁶². Bu nedenle işverene zarar verebilen ifşa etme özellikle de işletme dışı makamlara ve kamuoyuna ifşa genellikle olumsuz değerlendirilmekte ve sadakat borcunun ihlali olarak görülmektedir. Ancak üstün bir kamusal yarar gerektirdiği takdirde ve son çare olarak işçinin ifşa etmesine olumlu yaklaşımakla birlikte genellikle bu konuda takdir mahkemelere ait olmakta ve sonuç ifşa eden işçi aleyhine olabilmektedir⁶³. Yönerge'de ise ne çalışanın sadakat borcuna değinilmekte ne de bir menfaat değerlendirmesi yapılmaktadır. Yönerge kapsamına giren konularda işveren menfaatleri gözetilmemekte, kamusal yarar zaten üstün kabul edilmektedir. İşçinin önce işvereni uyarması, sonuç alamazsa veya başka istisnai hallerde işletme dışı mercilere başvurması şeklindeki sadakat borcundan doğan sıralama da Yönerge ile terkedilmektedir. Yönerge kapsamına giren konularda işçi artık doğrudan yetkili makama başvurabilecektir. Bu anlamda ifşa edenlerin Avrupa Birliği'nin "ajanı" haline geldiği dahi ifade edilmektedir⁶⁴. İşverenlerin doğrudan yetkili makamlara işletmedeki hukuka aykırılıkları

⁵⁹ **Schmitt**, 55.

⁶⁰ **Schmitt**, 55.

⁶¹ **Gerdemann**, 48; **Schmitt**, 55.

⁶² **Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir, 2018, 173 vd.; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, 2020, 346; **Çelik/Caniklioğlu/Canpolat**, 317, 320; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim/**Baskan**, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2020, 133; **Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukununun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, 2018, 101; **Narmanhoğlu**, Ünal: Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, 2014, 273; **Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2019, 166.

⁶³ **Alp**, 143 vd., 149 vd.

⁶⁴ **Gerdemann**, 43.

ifşa eden işçilerini sorumlu tutamayacak olması, sadakat borcunun sadece “hukuka uygun” işveren menfaatlerini koruma borcu olarak anlaşılmasında önemli bir gelişmedir⁶⁵.

Sadece işçilerin yetkili makamları da atlayarak doğrudan kamuoyuna ifşa etmesi ise halen bir menfaat değerlendirmesi ile sınırlanmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere madde 15 kamuoyuna ifşa etme konusunu gene diğer ifşa etmelerin sonuçsuz kalması veya istisnai acil acil durumlar ile sınırlı olarak haklı kabul etmektedir. Bunun genel olarak yerinde olduğu, düzgün işleyen bir idari makama ifşa etmenin ve sonuç almanın mümkün olduğu hallerde önce bunu denemenin hem sadakat borcu hem de ölçülülük anlamında yerinde olduğunu belirtmek gerekir. Ancak madde 15/2 hükmü bu konuda bir istisna içerir gibi görünmektedir. Buna göre, kişinin ifade ve haberleşme özgürlüğü için güvence sağlayan özel ulusal hukuk hükümlerine dayanarak doğrudan medyaya bilgi vermesi saklıdır⁶⁶.

Güvencelerden yararlandırma konusunda diğer bir sorun ise anonim ifşa etme olmaktadır. Anonim ifşa etme, ifşa edenin kimliğini gizleyerek bildirimde bulunmasıdır. Anonim ifşa etme halinde ifşa eden bakımından riskler asgariye inmekte ve ifşa etme kolaylaşmaktadır. Bununla birlikte, asılsız iddialar ve iftiralar kolaylaşmakta ve ifşa edilen hususların doğruluğunu araştırmak güçleşmektedir. Bu nedenle konuyu özel yasa ile düzenleyen ülkelerde genellikle anonim ifşa etme kabul görmemekte, ifşa edenden kimliğini açıklamayı beklenmektedir. Ancak bunun için mahremiyet yani ifşa edenin kimliğinin gerçekten gizlenmesinin sağlanması büyük bir önem taşımakta, ifşa edene mahremiyet garantisi verilmektedir. Yönerge’de de anonim ifşa konusunda üye devletlere bir yükümlülük getirilmeyip konu onların takdirine ve ulusal düzenlemesine bırakılmıştır (madde 6/2). Bununla birlikte anonim ifşa edenlerin de kimlikleri anlaşıldığı takdirde asılsız bir ihbarda bulunmamış olmak koşulu ile aynı güvencelerden yararlanacağı ilkesi kabul edilmektedir (madde 6/3)⁶⁷.

⁶⁵ **Demir**, Fevzi/**Demir**, Gönenç: İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C. 11, S. 11, S. 1/2009, 23; **Uşan**, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara, 2003, 101; **Arslan Ertürk**, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2010, 121.

⁶⁶ “This Article shall not apply to cases where a person directly discloses information to the press pursuant to specific national provisions establishing a system of protection relating to freedom of expression and information.”

⁶⁷ “Persons who reported or publicly disclosed information on breaches anonymously, but who are subsequently identified and suffer retaliation, shall nonetheless qualify for the protection provided for under Chapter VI, provided that they meet the conditions laid down in paragraph 1.”

b. Güvenceler

Yönerge madde 19 ile ifşa edenlere yönelik her türlü misilleme-haksız davranış ve işlem yasaklanmakta, üye devletlerin misillemeler yanında misilleme tehdit ve teşebbüslerini de önlemek için gereken önlemleri almakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. Maddede ayrıntılı olarak sayılan, ilk akla gelen ve önlenmesi gereken misilleme örnekleri şunlardır:

- a) İş ilişkisini askıya alma, fesih veya benzeri yaptırımlar;
- b) Tenzil-i rütbe veya bir terfiyi engelleme;
- c) Görev değişikliği, işyeri değişikliği, ücret indirimi, çalışma süresinde esaslı değişiklik;
- d) Geliştirici eğitimlerden dışlanma;
- e) Olumsuz performans değerlendirmesi veya olumsuz bir çalışma belgesi düzenlenmesi;
- f) Disiplin cezası, şikayet veya mali yaptırımlar da dahil her türlü yaptırım;
- g) Cebir, tehdit, mobing veya dışlama;
- h) Ayırmıcılık, zarar veren veya ayırmıcı davranış;
- i) Çalışanın böyle bir hakkı bulunmasına rağmen belirli süreli iş sözleşmesinin belirsiz süreliye dönüştürülmemesi;
- j) Belirli süreli sözleşmenin yenilenmemesi veya zamanından önce sona erdirilmesi;
- k) Özellikle sosyal medya üzerinden kişinin adını lekelemek dahil olmak üzere, kişiye ve kişilik haklarına zarar vermek veya iş ya da gelir kaybı dahil olmak üzere maddi kayba uğratmak;
- l) İfşa edenin alanında başka bir iş bulamaması sonucunu doğurmak üzere gayri resmî veya resmi olarak sektörel bir anlaşma ile adını bir kara listeye almak;
- m) Bir ürün veya hizmet sağlama sözleşmesini zamanından önce sona erdirmek;
- n) Bir lisans veya izni iptal etmek;
- o) Psikiyatrist veya doktora sevk etmek.

Misillemelerin bu geniş sayımı, örtülü kalan ama sık rastlanan haksız işlemleri önlemek bakımından isabetlidir. Öğretide belirli süreli sözleşmelerin yenilenmemesini de misilleme listesine almak sureti ile bir akit yapma

zorunluluğu getirildiği görüşü de ileri sürülmektedir⁶⁸. Bu ve benzeri misillemelere maruz kalanlara üye devletler her türlü yardımı sağlamakla yükümlüdürler. Bu yardımlar altında öncelikle kolay ve ücretsiz bilgi verme ve danışmanlık hizmetlerinin sağlanması sayılmaktadır. Bu hizmetler, kapsamlı ve bağımsız olmalı, misillemelere karşı başvurulabilecek yöntemler ve ifşa edenin hakları konularını içermelidir. Bunun yanında yetkili makamlar tarafından ifşa edenlere etkili bir koruma sağlanmalı, bu koruma misillemeye dahil olan makamlara karşı da sağlanmalıdır. Ulusal hukukta öngörülmüş ise bu koruma, bu Yönerge uyarınca korumanın şartlarının oluştuğuna dair bir belge düzenlenmesini de içerebilir. Ayrıca ifşa edenlere ceza ve medeni hukuk yargılamasında AB'nin 2016/1919 ve 2008/52 sayılı Yönergeleri ile ulusal hukuka uygun olarak yargılama giderlerinde yardım ile diğer hukuki danışmanlık ve giderlerde de yardım sağlanmalıdır. Son olarak, üye devletlerin bunların ötesinde yargılamalar kapsamındaki başka giderleri de karşılaması ile psikolojik destek de dahil olmak üzere başka yardımlarda da bulunması tavsiye edilmekte ancak zorunlu tutulmamaktadır (madde 20/1-2).

Misillemeler karşısında sağlanması gereken güvencelerin neler olabileceği ise ana hatları ile birkaç noktada toplanmaktadır: Öncelikle ifşa edenlerin hiçbir şekilde sorumlu tutulmaması, ifşa etme nedeni ile cezai, hukuki veya idari herhangi bir yaptırma maruz kalmamaları garanti edilmelidir.

Yukarıda da açıklandığı üzere ifşa edenin bir hukuka aykırılık bulunduğu kabul etmek için yeterli nedeni olduğu ve ifşa edilecek bilgileri toplamak için suç kabul edilen bir eyleme girişmediği süre sorumlu tutulmaması ilkesi kabul edilmektedir. Sadece ifşa eden, ifşa ettiği bilgileri toplarken veya bu bilgilere erişim sağlarken bir suç işlemiş ise bu suç nedeni ile cezalandırılabilir (madde 21/2-3). İlke olarak ifşa edilen bilgileri toplamak veya onlara erişmek örneğin izni olmayan bir odaya girip belgelerin fotokopisini çekmek gene de bir suç kabul edilmemekle birlikte, bu amaçlarla örneğin konut dokunulmazlığını ihlal etmek veya işyeri bilgisayarını hacklemek ayrı bir suç olarak cezalandırılabilir⁶⁹. Ifşa edenlerin özellikle özel hukuk, kamu hukuku ve iş davalarında iftira, fikri mülkiyeti ihlal, sır saklama borcunu ihlal, kişisel verileri ihlal, iş sırlarını açıklama ve tazminat davalarından hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacakları belirtilmektedir (madde 21/7). Ifşa edenlere ihtiyati tedbir de dahil olmak üzere misillemelere karşı her türlü tedbire başvurma hakkı tanınmalıdır (madde 21/6). Üye devletler ifşa eden-

⁶⁸ Gerdemann, 49.

⁶⁹ <https://www.whistleblower-net.de/eu-richtlinie/faq-whistleblowing-richtlinie/>, erişim tarihi: 27.1.2021; Gerdemann, 48.

lerin uğradığı zararların tamamen giderilmesi ve hak arama yollarına sahip olmaları için gereken önlemleri alacaklardır (madde 21/8).

İkinci olarak üye devletlere ifşa edenlere karşı misillemede bulunanlara yaptırım uygulama yükümlülüğü getirilmektedir. Yönerge uyarınca, ifşa etmeyi engelleyen ve engellemeyi deneyenlere, Yönerge kapsamında korunan kişilere misilleme uygulayanlara, bunlara karşı dava açanlara ve kimliğini gizli tutma yükümlülüğünü ihlal edenlere uygulanacak etkili, uygun ve caydırıcı yaptırımlar öngörülmelidir (madde 23). Bu yaptırımların maddi ve manevi tazminatları da içermesi gerektiği anlaşılmakla birlikte, neler olabileceği ise Yönerge'de belirlenmemekte ve üye devletlerin ulusal hukukuna bırakılmış görünmektedir⁷⁰. Ancak Madde 21/8'e ve gerekçe 94'e uygun olarak yaptırımların, ifşa edenin uğradığı zarara göre belirlenmesi ve bu zararı tamamen giderecek nitelikte olması gerektiği, üye devletlerin AB hukukuna uyma yükümlülüğünün de bu sonucu gerektirdiği açıktır. Zararın tamamen giderilmesi için örneğin işçinin işe iade edilmesi, mahrum kalınan ücretlerin ve diğer her türlü ekonomik zararın yanında manevi zararın da tazmin edilmesini sağlayan bir güvence düşünülmelidir⁷¹. AB'nin ayırıcılıkla ilgili Yönergeleri ve bu alanda ATAD içtihadına göre, mağdurların tazminat davalarında failin kusurundan bağımsız bir sorumluluk esası geçerli olduğundan, aynı esasın burada da geçerli olacağı, ifşa edenin zarar görmesinin tazminat hakkı bakımından yeterli olacağı ve failin kusurunun araştırılmayacağı kabul edilmektedir⁷².

Üçüncü ve çok önemli güvence ise ispat yükü bakımından getirilmektedir: İfşa edenin uğradığı haksızlığa karşı yaptığı başvuru kapsamında mahkeme veya başka bir makam önünde bu haksızlığın ifşa etmesinden kaynaklandığını iddia etmesi durumu için Yönerge bir karine getirmektedir: Bu durumda haksızlığın ifşa etmeye misilleme olduğu kabul edilir ve bu iddianın aksini karşı tarafın kanıtlaması beklenir. İfşa edene zarar veren bir işlem yapan kişi bu işlemin başka haklı nedenleri olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür (madde 21/5)⁷³. Bu durumda örneğin işletmedeki hukuka aykırı-

⁷⁰ Gerdemann, 49.

⁷¹ Dzida/Graenetzyn, 1204; Schmitt, 57.

⁷² Schmitt, 57.

⁷³ 5. In proceedings before a court or other authority relating to a detriment suffered by the reporting person, and subject to that person establishing that he or she reported or made a public disclosure and suffered a detriment, it shall be presumed that the detriment was made in retaliation for the report or the public disclosure. In such cases, it shall be for the person who has taken the detrimental measure to prove that that measure was based on duly justified grounds.

rılığı ifşa eden işçinin iş akdi feshedildiğinde, işçinin açtığı davada feshin nedeninin ifşa etme olduğunu kanıtlaması gerekmez; davalı işveren feshin başka haklı nedenleri olduğunu kanıtlamak zorundadır. Üye devletler Yönerge'ye uygun olarak ulusal hukuk düzenlemelerinde bu ilkeye uymak zorundadırlar. İş güvencesi, sendikal tazminat ve ayırimcılık tazminatlarındaki ispat yükü düzenlemeleri ile benzer içerikteki bu düzenlemenin ifşa edenlerin korunması bakımından önemli bir güvence sağladığı açıktır. Tüm iş ilişkilerinde bu güvence ve ispat kuralı geçerli olacağından, örneğin henüz deneme süresi içinde gerçekleşen bir fesihle dahi, öncesinde ifşa etme söz konusu ise, işverenin fesih için geçerli bir nedene dayanması ve bunu kanıtlaması aranacaktır. Ayrıca AB Whistleblowing Yönergesi bu düzenlemesi ile örneğin ayırimcılık tazminatı için işçinin ayırimcılık ile zarar arasındaki nedenselliği gösteren emareleri açıklamasının yeterli olduğu kuralından bir adım daha ileriye gitmektedir: Ifşa edenin emareleri ortaya koyması dahi aranmamaktadır. Ifşa etme ile zarar arasındaki nedensellik bağımlı ispat yükü ifşa edenin üzerinden alınmaktadır. Ifşa edenin sadece Yönerge kapsamındaki bir hususu ifşa ettiğini ve zarar gördüğünü kanıtlaması yeterlidir⁷⁴. AB yasa koyucusu böylece ifşa edenlerin genelde ispat güçlüğü yaşadığı gerçeğini ve bu yöndeki olumsuz tecrübeleri dikkate alarak, ifşa etmeyi teşvik edecek bir kural getirmiştir.

Son olarak Yönerge'de açıkça sağlanan bu güvencelerin asgari olduğu, üye devletlerin bunun ötesinde ifşa edenleri daha fazla koruyan her türlü düzenlemeyi yapabilecekleri de belirtilmektedir (madde 25/1). Bu koruma kapsamının genişletilmesi, örneğin her alanda her türlü olumsuzlukları ifşa edenlerin aynı güvencelerden yararlandırılması şeklinde de olabilir (Gerekçe 5 c. 2). Ayrıca Yönerge'deki güvenceler, halen bir üye devlette mevcut daha ileri güvencelerde bir sınırlama etkisi de doğurmayacaktır (madde 25/2).

SONUÇ; İş Hukuku Bakımından Yönerge'nin Etkileri

Yönerge doğrudan iş hukuku ile ilgili değildir. Hatta iş ilişkisine dair konular Yönerge kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte Yönerge'nin doğrudan iş ilişkisine etkili olacağı açıktır. Yönerge'nin uygulanması,

⁷⁴ **Gerdemann**, 49; **Schmitt**, 57; İngiliz hukukunda zaten mevcut olan bu düzenlemenin, hakkın kötüye kullanmalara yol açarak işveren aleyhine sonuçlara yol açabildiği, özellikle toplu işten çıkarmalar öncesinde işçilerin ihbarda bulunarak kendilerine ek bir feshe karşı koruma sağladıkları da ifade edilmektedir. Gelecekte işverenlerin kendilerini korumak için her türlü fesih ve diğer işçi zararına işlem öncesi gereken gerekçelen-dirme-delim toplama hazırlığını yapmaları gerekli olabilecektir: **Dzida/Granetzyn**, 1204.

işçilerin, diğer işçileri, yöneticilerini ve işverenlerini ifşa etmesi sonucunu doğuracaktır. Yönerge ile güvence kapsamına alınanlarda ilk grubu bu nedenle işçiler oluşturmaktadır. Bir işletmede AB hukukundan doğan kural- ların ihlal edildiğini öncelikle fark edip ifşa edebileceklerin o işletmenin işçileri olacağı da açıktır. Yönerge bu nedenle iş ilişkisine etkisi olan pek çok konuyu da düzenlemekte, örneğin belirli süreli iş ilişkilerinin yeni- lenmemesi veya süresinden önce sona erdirilmesini de ifşa etmeye bağlı misilleme örnekleri arasında saymaktadır. İşletme içi ifşa kanallarının da öncelikle işletmelerin işçileri için kullanılabilir olacağı açıktır.

Yönerge öncelikle sadece ifşa eden işçinin korunmasının yeterli olma- dığını göstermektedir. Kamunun ifşa etmedeki yararı korunmak ve hukuka aykırılıklar hakkında bilgi edinmek isteniyorsa koruma kapsamı geniş tutul- malıdır. Bu nedenle işçiler yanında onların zarar görebilecek yakınlarının (örneğin işverene bağlı başka bir işyerinde çalışan eşi veya kardeşinin) ve hatta işçinin bağlı olduğu diğer bir tüzel kişiliğin (örneğin eşine ait ve ifşa ile ilgili işletmeyle iş yapan limited şirketin) korunması da önemlidir. Bunun yanında henüz işçi niteliğini kazanmamış kişiler de aynı düzeyde korunma- lıdır, ki Yönerge iş başvurusu yapan adaylar ile işyerindeki stajyerleri açıkça saymaktadır.

İkinci olarak Yönerge, belirli bir ölçeği geçen işletmelerde işletme içi ifşa etme kanalları oluşturmanın kaçınılmaz olduğunu ortaya koymaktadır. İşletmelerde bazı hukuka aykırılıkların işverenin haberi dahi olmadan bazı çalışan veya yöneticiler tarafından gerçekleştirilmesi karşısında, işverenin deyim yerinde ise erken uyarı mekanizması olarak durumdan haberdar olan işçileri sayesinde durumu öğrenmesi, zamanında daha büyük zararlar doğ- madan engelleyebilmesi önemlidir. Ancak bunun için gerçekten etkili, ifşa eden işçiyi koruyarak konunun üzerine giden bir işletme içi ifşa sistemi ku- rulmuş olmalı, işçiler bu konuda aydınlatılmış olmalıdır. Gelecekte işletme içi ifşa kanallarını en iyi şekilde kuran ve işleten işverenlerin bundan ka- zançlı çıkacaklarını öngörmek mümkündür. Yönerge işletme içi ifşa kanalı kurma yükümlülüğünü asıl olarak 50 ve daha fazla işçi çalıştıran tüzel kişi işverenler için öngörmektedir ki bunun hem risk olasılığı hem de küçük işverenlere fazla yük getirmeme anlamında doğru bir yaklaşım olduğu söy- lenebilir. Ancak finans işlemleri, çevre kirliliği gibi özel riskler haklı kıldığı takdirde daha küçük bir işletmenin de Yönerge'de belirtildiği gibi kapsama alınması yerinde olacaktır.

Yönerge'de diğer önemli husus, işletme dışı ifşa etme için devletlere bağımsız ve özerk işleyişe sahip bir yetkili makam kurma yükümlülüğü getirilmesidir. İşçilerin bu makama ifşada bulunması da haklı bir davranış

olarak kabul edilecektir. İş hukukunun kalıpları bakımından burada yeni olan husus ise işçilere doğrudan, işvereni uyarmadan da yetkili makama ifşa etme hakkı tanınmasıdır. İşletme içi ifşanın yani işverene başvurmanın önceliği böylece ortadan kaldırılmaktadır. Geleneksel olarak işçinin sadakat borcunun işçinin susmasını gerektirdiği, ağır basan kamusal menfaatler, ağır bir zarar tehlikesi veya bir suç söz konusu olmadıkça işyerindeki durumların başkaları ile paylaşılmaması gerektiği kabul edilmekte iken bu hali ile Yönerge yeni bir dönem başlatmaktadır. Yönerge açıkça yetkili makama ifşa etmeyi ikincil değil, doğrudan başvurulabilir hale getirmekte ve işletme içi ifşayı atlayan işçiyi ek bir koşul aramadan korumaktadır. Gelecek dönemde doğrudan yetkili makama ifşa eden işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığı söylenemeyecektir. Ancak bu durum işverenlerin daha dikkatli davranmalarına yol açacağı için yerindedir. İşletme içi ifşa etme sonuç almakta ekili olduğu ve ifşa eden işçiyi en iyi şekilde koruduğu sürece işletme dışı ifşa etme gereksiz hale geleceğinden işverenler, işletme içi ifşa etme için daha etkili sistemler kurmaya gayret edeceklerdir. Hatta işverenler belki finansal teşvikler ve ödülleri ile işçinin önce işletme içi ifşayı yeğlemesini sağlamaya çalışacaklardır. Yetkili makamları atlayarak medya ve kamuoyuna ifşa etme konusunda ise Yönerge, gerek örnek düzenlemeler gerek AİHM içtihadı ile aynı çizgiyi takip etmekte bir yenilik getirmemektedir: İşçinin önce işletme içi veya yetkili makama ifşa etmesi zorunludur. Ancak bunun sonuçsuz kaldığı veya sonuçsuz kalacağına açık olduğu ya da çok acil durumlarda kamuoyuna açıklamada bulunması kabul edilebilir. Aksi takdirde doğrudan örneğin medyaya beyanda bulunan işçi korunmaz.

Yönerge ile kabul edilen diğer bir önemli esas ise işçinin iyiniyetli olması ve işveren menfaatleri karşısında işçi veya kamunun menfaatlerinin ağır basıp ifşa etmeyi haklı kılmamasının aranmamasıdır. İşçinin hangi nedenle ifşa ettiği artık bir önem taşımamaktadır. Kızgınlık, öç alma, bir ödül elde etme vb. amaçlar ile ifşa etmesi, işçinin güvencelerden yararlanmasına engel teşkil etmez. Hatta yanılması, aslında var olmayan bir hukuka aykırılığı ifşa etmesi dahi işçi aleyhine sonuç doğurmaz. Hukuka aykırı bir işlem veya eylemin gerçekleştiğini, ifşa edilmesi gereken bir durum olduğunu kabul etmesini haklı kılacak nedenleri bulunması yeterlidir. Gerçi bu ölçüt halen içeriği belirsiz ve yoruma açık kalmaktadır. Ancak işçinin iyiniyetli olması ölçütünün bırakılması ifşa eden işçinin korunmasında mahkeme takdirini sınırlamak bakımından gene de önemli bir adımdır. Menfaat değerlendirmesi ölçütü de, Yönerge'de sayılan konularla sınırlı da olsa, terkedilmekte, ifşa ederek kamu yararını korumaya öncelik tanınmaktadır. İşşa eden işçiyi korumak için onun veya kamunun menfaatinin zarar gören işveren menfaatleri

karşısında daha ağır basmasının aranmaması da işçinin korunması için önemli bir gelişmedir. İşverenin menfaatleri ise işletmedeki her olumsuzluğun örneğin ahlaka veya sözleşmelere aykırılıkların da ifşa edilmesinin korunmamasıdır. Korunan ifşa etmeler halen bir hukuk kuralının ihlali ile sınırlıdır.

İşçiye sağlanan güvenceler bakımından da Yönerge önemli gelişmeler içermektedir: Öncelikle işçinin meslek sırrını açıklama, iş sözleşmesine aykırılık ve diğer her bakımdan sorumlu tutulamayacağı açıkça belirtilmektedir. İkincisi, olası her türlü misilleme örnekleyici şekilde sayılmakta ve devletlerin bunları en etkili şekilde önlemesi, ifşa edenleri desteklemesi zorunlu tutulmaktadır. Gerçi ifşa edene karşı haksız davranışların yaptırımlarını belirlemek devletlerin takdirine bırakılmaktadır. Ancak etkin ve caydırıcı yaptırımlar belirlenmesi ve ifşa edenin tüm zararlarının giderilmesi özellikle vurgulanarak devletlerin takdir hakkı sınırlanmaktadır. İşverenlerin ödemek zorunda kalabileceği tazminatlar, halen mevcut güvenceler yanında, ifşa eden işçinin her türlü maddi ve manevi zararları ile mahrum kaldığı gelirleri de içerebilecektir. Üçüncü ve en önemlisi ise ispat yükü tersine çevrilerek sağlanan güvencedir: İfşa eden işçinin, uğradığı zarar ile ifşa etme arasında nedensellik bağıını kanıtlamasına gerek kalmamaktadır. İşçinin Yönerge'ye uygun olarak ifşa ettiğini ve bir zarar gördüğünü kanıtlaması yeterlidir. Buna dayanılarak açılan davada, işçiye uygulanan yaptırımın başka haklı sebepleri olduğunu ispat yükü işverene aittir. Bu durum işverenin normalde bir gerekçe göstermeme hakkı olan durumlarda onun aleyhine olacağı için eleştirilebilir. Örneğin, işe almadığı bir adayın veya deneme süresi içinde sözleşmesi feshedilen işçinin tazminat talebi karşısında işverenin gerekçelerini açıklamak zorunda kalması söz konusu olacaktır. Fakat bu durumların istisnai olacağı da açıktır.

Bu içeriği ile AB Whistleblowing Yönergesi, AİHM içtihadı ile tanınan "işçinin ifşa hakkı"nu kurumsal bir hale getirmektedir. Gerçi halen konu bakımından bu hak AB hukukuna aykırılık ile sınırlıdır. Ancak bu gelişmenin devam edeceğinin işaretleri mevcuttur. Öncelikle Yönerge'nin kendisi yakın gelecekte Yönerge'nin kapsamının genişletileceğini ve özellikle iş ilişkisi ile çalışma koşulları bakımından yeni düzenlemeler yapılacağını öngörmektedir. (Madde 27/3). Ayrıca ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi de AİHM içtihatları ve Yönergeyi dikkate alarak kapsamlı bir ifşa etme düzenlemesi yapmaya hazırlanmaktadır⁷⁵. Yakın gelecekte iş hukukunun bir

⁷⁵ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28150&lang=en>, erişim tarihi: 29.01.2021

gündemi de işletme içi ifşa etme kanallarının kurumsallaşması, işletmelerin etik kuralları ve ifşa sorumluları ile ifşa eden işçilerin daha etkin korunması olacaktır. Türk hukukunda ifşa etme hakkını tanıyan ve ifşa eden işçinin korunmasını sağlayan çeşitli hükümler birbirinden kopuk bir şekilde çeşitli kanunlarda yer almaktadır⁷⁶. Fakat Yönerge'nin getirdiği kurumsal koruma ile karşılaştırıldığında bu hükümlerin yetersiz kaldığı açıktır. Yakın gelecekte Türk hukukunda da konunun bir bütün olarak ele alınması ve Yönerge'ye benzer bir şekilde düzenlenmesi üzerinde düşünölmelidir.

⁷⁶ Alp, a.g.e. 71 vd.; Eroğlu/Sarıbay Öztürk, 370 vd.

KAYNAKLAR

- Aktan**, Coşkun Can: Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki Ve Vicdani Red Davranışı : WHISTLEBLOWING, Mercek Dergisi Ekim-2006, 1.
- Alp**, Mustafa: Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi, İstanbul, 2013.
- Alp**, Mustafa: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü”, Prof. Dr. Polat Soyer’e Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Özel S., 2013, s.385-422 (Basım Yılı: 2014), 385.
- Arslan Ertürk**, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, 2010.
- Aydın**, Ufuk: İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing), Sosyal Bilimler Dergisi 2002-2003, 79.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canpolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, İstanbul, 2020.
- Demir**, Fevzi/**Demir**, Gönenç: İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C. 11, S. 11, S. 1/2009.
- Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir, 2018.
- Dzida**, Boris/**Granetzyn**, Thomas: “Die neue EU-Whistleblowing-Richtlinie und ihre Auswirkungen auf Unternehmen, NZA 2020, 1201.
- Eroğluer**, Kemal/**Sarıbay Öztürk**, Gizem: “İş Hukuku ve Örgütsel Boyutuyla Haber Uçurma (Whistleblowing)”, Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları, Editörler: Sevinç Köse ve Mustafa Alp, Ankara, 2020, 343.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim/**Baskan**, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2020.
- Gerdemann**, Simon: “Whistleblower als Agenten des Europarechts, Die Whistleblowing-Rechtsakte der EU von ihren Anfängen bis zur aktuellen Whistleblowing-Richtlinie, NZA Beilage, 2020, 43.
- Lederberger**, Zora: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern, 2005.
- Narmanlioğlu**, Ünal: Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, 2014.

- Reichhold**, Hermann, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, 4. Auflage 2018, § 54 Wettbewerbsverhalten, Rn. 41, www.beckonline.de, erişim tarihi: 14.12.2020
- Schmitt**, Bettina: Whistleblowing – Verpfeifen Des Arbeitgebers, Hamburg, 2003.
- Schmitt**, Laura: “Geheimnisschutz und Whistleblowing, Aktuelle Rechtslage und Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland”, NZA Beilage 2020, 50.
- Schmolke**, Klaus Ulrich: “Die neue Whistleblower-Richtlinie ist da! Und nun? Zur Umsetzung der EU-Richtlinie zum Schutz von Hinweisgebern in das deutsche Recht, NZG 2020, 5.
- Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara, 2019.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, 2020.
- Tunçomağ**, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, 2018.
- Ulber**, Daniel: “Whistleblowing und EGMR”, NZA 2011, 962.
- Uşan**, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara, 2003.
- Yurtsever**, Gülçimen: Şirket Etik Kodu, Hazırlanışı, Uygulanışı ve İçeriği, Ankara, 2000.

ABD HUKUKUNDA KONUTTA GERÇEKLEŞEN ÖLÜM HAKKINDA ALICININ AYDINLATILMASI VE PSİKOLOJİK AÇIDAN LEKELENMİŞ KONUT KAVRAMINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.897399>

Prof. Dr. Metin İKİZLER*

Öz

Bu çalışmada, konutta gerçekleşen insan ölümleri hakkında alıcının satıcı tarafından aydınlatmasına dair Amerika Birleşik Devletleri hukukundaki yaklaşımlar incelenecektir. Amerika Birleşik Devletlerinde taşınmazın değerini ve istenilirliğini etkileyen çeşitli olgular hakkında satıcıya alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü yükleyen düzenlemelere genellikle rastlanmaktadır. Ancak aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı eyaletten eyalete farklılık arz etmektedir. Ölümle ilgili düzenlemelere gelince, Kaliforniya, Alaska ve Güney Dakota hukukunda satıcının taşınmazda gerçekleşen cinayet ve intiharlar hakkında alıcıyı aydınlatması gerekir. Hatta Kaliforniya'da, konuttaki doğal ölüm olayları hakkında da satıcının bilgi verme yükümlülüğü vardır. Bununla birlikte, ABD'deki eyaletlerin çoğunda, konutta gerçekleşen ölüm hakkında -ister doğal isterse cinayet veya intihar şeklinde gerçekleşsin- satıcının alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Georgia ve Delaware gibi bazı eyaletlerde ise konutta gerçekleşen ölüm hakkında alıcının aydınlatılması yükümlülüğü olmamasına karşın, alıcının bu hususta bilgi talebi olursa bunun doğru şekilde karşılanması gerekir. İşte bu çalışmada, konutta gerçekleşen ölüm hakkındaki bu düzenlemeler ve örnek yargı kararları incelenecek ve nihayet psikolojik açıdan lekelenmiş konut kavramına değinilecektir.

Anahtar Kelimeler

Satıcının aydınlatma yükümlülüğü, Ölüm, Konut, Psikolojik açıdan lekelenmiş eşya/konut, ABD hukuku, Türk hukuku

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ikizlermetin@yahoo.com.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9318-6291> (Makalenin Geliş Tarihi: 21.01.2021) (Makale Gönderilme Tarihi: 22.01.2021/Makale Kabul Tarihi: 02.03.2021)

**DISCLOSURE OF A DEATH AT THE RESIDENTIAL REAL
PROPERTY TO THE BUYER IN USA LAW AND
AN ASSESSMENT ON THE CONCEPT OF
PSYCHOLOGICALLY STIGMATIZED PROPERTY**

Abstract

This article focuses on seller's disclosure to buyer about a human death that occurred in the residential real property. In USA, sellers are usually required to disclose to potential buyers about several facts that affect the real property value or desirability. But state disclosure laws vary in their requirements. As for death, in California, Alaska and South Dakota, seller must disclose murder or suicide on property. Besides murder or suicide, California law requires that even natural deaths that occurred in the residential real property be disclosed. But the majority of states do not require sellers to disclose homicides, suicides, or natural deaths at the property. In some states like Georgia and Delaware, although there is no obligation of disclosure on seller on any death that occurred on a property, seller must answer truthfully if buyer asks about it. In this article, cases and these laws about death at the property will be discussed and, finally, psychologically stigmatized (residential real) property will be touched upon.

Keywords

Seller's disclosure obligation, Death, Residential real property, Psychologically stigmatized property, USA Law, Turkish Law

GİRİŞ

Bu çalışma konutlarda gerçekleşen ölüm¹ olayları hakkında alıcının aydınlatılmasına odaklanmaktadır. Konu ile ilgili ele alınan hukuk; bu hususta yargısal içtihat geçmişine de açık yasal düzenlemelere de sahip ABD hukukudur. Öte yandan farklı bir hukuk sistemine dâhil olan ABD hukuku ve onun kurum ve kavramları hakkında bu makalede ayrıntıya inilmeyecektir. Bu sınırlandırma ile, çalışmayı gereksiz detaylandırarak ve asıl konuya odaklanmayı güçleştirecek -aşağıdaki- hususların kapsam dışı bırakılması amaçlanmaktadır:

Öncelikle çalışma, dünyanın her yerinde sıklıkla görülen, konutlarda gerçekleşen ölüm olayları ile sınırlı tutulmaktadır. Aslında ölümün bu maddede taşınmaza etkisi, onu *psikolojik açıdan lekelemektir*. Psikolojik lekelmenin tartışıldığı tek olay türü ölüm değildir; ülkeden ülkeye değişebilecek şekilde bazı hastalıklar ve olağandışı olaylar da bu kapsamda incelenebilir². Örneğin ABD’de AIDS hastalarının yaşadığı evler ile hayaletli, cinli-perili olduğu iddia edilen evler de bu bağlamda tartışılmaktadır³.

İkinci olarak konu, konutlarla sınırlanmakta, böylece ticari taşınmazlarda, daire sayısı bakımından büyük binalarda, “sıfır” evlerin arsalarında gerçekleşen ölüm olaylarının nasıl değerlendirileceğine ilişkin yaklaşımlar dışarıda bırakılmaktadır⁴.

¹ Kastedilen, insan ölümleridir.

² Bkz. **Webb**, Eileen: “Houses with a history: Disclosure obligations and ‘psychologically stigmatised’ property”, *Australian Property Law Journal*, vol. 13, no.1 (2006), s. 67-100.

³ Bkz. **Neville-Ewell**, Florise R.: “Residential Real Estate Transactions: The AIDS Influence”, *Hofstra Property Law Journal*, vol. 5, no. 2 (1993), s. 301 vd.; **Hartog**, Ross R.: “The Psychological Impact of AIDS on Real Property and a Real Estate Broker’s Duty to Disclose”, *Arizona Law Review*, vol. 36, no. 3 (1994), s. 757-784; **Burger**, Michael Adam/**Reyes Rosa**, Lourdes I.: “Your Money and Your Life - AIDS and Real Estate Disclosure Statutes”, *5 Hofstra Property Law Journal* 349 (1993), s. 349 vd.; **Brown**, Ronald B./**Turlow**, Thomas H.: “Buyers Beware: Statutes Shield Real Estate Brokers and Sellers Who Do Not Disclose That Properties Are Psychologically Tainted”, *Oklahoma Law Review*, vol. 49, no. 4 (1996), s. 628-629; **Goldberg**, Hilary M.: “Disclosing the Inevitable: Reconciling the Varied Requirements for the Disclosure of Death on Real Property”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 32, no. 1 (2018), s. 199; **Isacco**, Michael D. Jr.: “A Massachusetts Real Estate Broker’s Duty to Disclose: The Quandary Presented by AIDS Stigmatized Property”, *New England Law Review*, vol. 27, no. 4 (1993), s. 1211 vd.

⁴ Bkz. Alaska Statutes AS 34.70.200(3); South Dakota Codified Laws SDCL § 43-4-37; State of California Department of Real Estate, *Disclosures in Real Property Transactions*, 6. ed., California 2005, s. 1.

Üçüncü olarak sadece satışa odaklanılarak; icra yoluyla el değiştirme-ler, satış dışı yollarla gerçekleşen mülkiyet veya kullanım hakkı devirleri, bu bağlamda mal değişimi, kullanma ödünçü ve kira gibi işlemlerde tartışılabilen aydınlatma yükümlülükleri kapsam dışı tutulmaktadır⁵.

Son olarak çalışmada, aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın ABD hukukunda doğuracağı sonuçlara, bu hukuka özgü kavramlara girmek gereği duyulmadan sadece genel olarak değinilmekle yetinilecek, iptal hakkı, aldatmanın unsurları, ayıp ve sözleşmeye aykırılık hâlinde başvurulacak yollar ve bunların koşulları gibi konular üzerinde durulmayacaktır.

Çalışmada önce ABD hukukunda gerek içtihat gerekse yasal düzenlemelere konu olan ölüm hakkında aydınlatma yükümlülüğü incelenmiş sonra psikolojik açıdan lekeli olmanın anlam ve kapsamı üzerinden durulmuştur. Bu sıralama özellikle tercih edilmiştir. Zira ABD hukukunda içtihadı ve yasal düzenlemelere konu olan ve önem verilen, -üst başlık olan psikolojik açıdan lekeli olma değil doğrudan doğruya ölüm olayıdır⁶. Öte yandan bu tercih, kanımca, konunun anlaşılmasını kolaylaştırmaktadır: Nitekim ölüm hakkında aydınlatılmaya ilişkin sorunun ortaya çıkışı, yargısal içtihadın yaklaşımı ve bunun yasal düzenlemelere nasıl yansıdığı anlaşıldıktan sonra, psikolojik açıdan lekeli olma kavramı -işlendiği yerde- daha rahat olarak anlaşılacaktır. Klasik yol olmakla birlikte, öncelikle bu kavramın açıklanması ile başlansaydı, yollamada bulunan bazı kararların niçin, hangi zamanda ve olayın hangi somut özellikleri dikkate alınarak verildiği anlaşılamayacağından konuyu toparlamak güçleşecekti. Ayrıca Türk hukuku açısından yapılan kısa değerlendirmenin de psikolojik olarak lekeli kavramından sonra ortaya konulması konu bütünlüğünü daha fazla sağlamaktadır. Hemen yukarıda ifade edildiği üzere, ABD hukukunu konu alan çalışmamız, en sonda Türk hukukuna ilişkin kısa, genel bir değerlendirme de içermektedir.

⁵ Bkz. California Civil Code § 1102(a), 1102.2; South Dakota Codified Laws, SDCL § 43-4-42, § 43-4-37; State of California Department of Real Estate, Disclosures in Real Property Transactions, 6. ed., California 2005, s. 1.

⁶ Ölüm olayı gibi, ancak ona göre daha zayıf düzeyde, AIDS konusuna da önem verilebilmektedir.

I. ABD HUKUKUNDA KONUT SATIŞLARINDA SATILANDAKİ ÖLÜM HAKKINDA ALICIYI AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Kaliforniya İstinaf Mahkemesinin Konuya İlişkin İçtihadı

Bilindiği gibi, Amerika Birleşik Devletleri hukuku Anglo-Sakson hukuk sistemine dâhildir. Bu hukuk sisteminde yargısal içtihat hukukun gelişiminde özellikli bir rol üstlenmiştir (*case law*).

Bunun örneklerinden birisi de Kaliforniya’da (*California*) görülen 1983 tarihli *Reed v. King* davasıdır⁷. Uyuşmazlık, konut niteliğindeki bir taşınmazın satışına ilişkindir. Bayan Reed, satın aldığı konuta yerleştikten sonra bir komşusu tarafından evin geçmişi konusunda bilgilendirilmiştir. Komşusu bu evi kimsenin satın almak istemediğini zira evde birden çok cinayetin işlendiğini ona söylemiştir. Gerçekten de satıştan on yıl önce, evde bir kadın dört çocuğu ile birlikte katledilmiştir. Bunun üzerine Reed, sözleşmenin iptali ve zararının tazmini için dava açmıştır. Kaliforniya İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*)⁸ Bayan Reed’in istemlerini haklı bulmuş ve ilk derece mahkemesinin aleyhe kararını bozmuştur.

Olayın somut özellikleri özetle şu şekildedir:

- Satıcı ve emlakçısı cinayetlerden bilgi sahibidir.
- Cinayetlerin konutun piyasa değerini ciddi şekilde etkilediğinin farkındadırlar.
- Nitekim Reed konut için 76.000 Dolar ödemiştir. Kötü geçmişinden dolayı ise taşınmazın değerinin 65.000 Dolar olduğu -uzmanlarca belirtilmiştir.
- Satıcı, evdeki cinayetlerden Reed’e bahsetmemesi için komşusuna ricada bulunmuştur.

⁷ *Reed v. King*, Court of Appeal, Third District, California, Civ. 21937, 1983 [193 Cal. Rptr. 130 (Cal. Ct. App. 1983)].

⁸ Kaliforniya yargı sisteminde bu mahkemeler, en üst derece (yüksek) mahkemenin (Supreme Court) bir alt derecesi olarak hukuk sistemimizdeki istinaf mahkemelerine benzer bir konumdadır. bkz. <https://www.courts.ca.gov/2113.htm> (erişim tarihi: 07.11.2020); ABD yargı sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Balo**, Yusuf Solmaz: “Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 61, S. 3 (2012), s. 980 vd.; **Can**, Mustafa: “ABD Hukukunda Yargı Sistemi ve Uyuşmazlıkların Çözümü”, *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 6, S. 69 (2003), <http://www.mevzuatdergisi.com/2003/09a/04> (erişim tarihi: 04.10.2020); Court of Appeal ifadesinin istinaf mahkemesi olarak çevirisi için **Balo**, s. 980 vd.; Court of Appeal ifadesinin temyiz mahkemesi olarak çevirisi için, **Can**, s. 1.

- Satıcı ve emlakçısı, Reed'e konutun yaşlı bir kadının yalnız yaşaması için uygun olduğunu söylemişlerdir.

İstinaf Mahkemesi meseleyi sözleşmeye aykırılıktan ziyade aldatma yönüyle ele almıştır. Kaliforniya hukukuna göre, susma yoluyla aldatma kural olarak gerçekleşmemekle birlikte, eğer sözleşmenin kurulması açısından önemli bir olguda sessiz kalınmışsa bu durum aldatmaya yol açabilmektedir. Bir başka deyişle, bu bilgiye sahip olan sözleşme tarafının diğer tarafla bunu paylaşma, muhatabını aydınlatma yükümlülüğü vardır, yoksa suskun kalamaz⁹.

Yine mahkemenin tespitlerine göre, taşınmaz satışlarında Kaliforniya'da satıcının kural olarak alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Nitekim Kaliforniya hukukunda bu sektörde -aşağıda değinilecek olan- *caveat emptor* ilkesinin neredeyse hiç uygulanmadığı ifade edilmektedir¹⁰. Örneğin, taşınmazdaki fiziki bir bozukluk veya kullanımını kısıtlayan yasal bir engel hakkında¹¹ alıcıya bilgi verilmesi gerekir.

Bu tespitlerden sonra, Mahkeme mesele ile ilgili asıl sorunu ortaya koymuştur: Bir taşınmazın kötü şöhreti, aydınlatma yükümlülüğü açısından bunlar gibi değerlendirilebilir mi? Bu hususta Mahkeme, satıcının bildiği böyle bir durumu alıcı ile paylaşmamasının dürüstlük kuralı ile bağdaşır bağdaşmayacağına da önem atfetmiştir.

Mahkemeye göre, bir konutta masum insanların katledilmiş olması, kişilerin orada oturmaktan çekinmelerine neden olabilecek olağandışı bir durumdur. Hâliyle, böyle bir konutu satın alan kişiler de durumdan sonradan

⁹ Bkz. **Witkin**, Bernie E.: Summary of California Law , 11th edition, California 2017, § 343 vd; ayrıca bkz. **Roberts**, Florrie Y.: "Disclosure Duties in Real Estate Sales and Attempts to Reallocate the Risk", Connecticut Law Review, vol. 34, no. 1 (2001), s. 10 vd.

¹⁰ Caveat emptor ilkesinin İngiliz ve ABD hukukundaki geçmişi ve bugünkü etkisi hakkında bkz. **Weinberger**, Alan M.: "Let the Buyer Be Well Informed - Doubting the Demise of Caveat Emptor", Maryland Law Review, vol. 55, no. 2 (1996), s. 394 vd.; **Lefcoe**, George: "Property Condition Disclosure Forms: How the Real Estate Industry Eased the Transition from Caveat Emptor to Seller Tell All", Real Property, Probate and Trust Journal, vol. 39, no. 2 (2004), s. 193 vd.; ayrıca bkz. **Webb**, s. 71; **Dallon**, Craig W.: "Theories of Real Estate Broker Liability and the Effect of the As Is Clause", Florida Law Review, vol. 54, no. 3 (2002), s. 405 vd.; **Shisler**, Robert H.: "Caveat Emptor is Alive and Well and Living in New Jersey: A New Disclosure Statute Inadequately Protects Residential Buyers", Fordham Environmental Law Journal, vol. 8, no. 1 (1996), s. 182.

¹¹ Bunların hukukumuzdaki maddi ayıp ve hukuki ayıp kavramlarını karşıladığı rahatlıkla ifade edilebilir.

haberdar olduklarında, orada oturmak istemeyebilirler. Öte yandan alıcının, sözleşmenin hazırlık aşamasında, taliplisi olduğu konutta cinayet işlenmiş olma ihtimalini hesaba katmamış, düşünmemiş olması doğal karşılanmalıdır. Bu nedenle, böyle bir husus alıcıya yüklenebilecek bir araştırma-inceleme konusu olarak görülemez.

Mahkemenin üzerinde durduğu bir başka husus ise on yıl önce gerçekleşen bu menfur olayın konutun bugünkü piyasa değeri üzerindeki etkisidir. Mahkeme bir değer farkı oluşabileceğini kabul etmekle birlikte, bunun hangi delillerle ikna edici derecede ispatlanacağı noktasını tartışmaya açık görmüştür. Ancak psikolojik temelli olaydan dolayı bariz bir -somut, ölçülebilir-maddi değer azalmasının ispatlanması hâlinde, bunun, sözleşme kurulmasında önemli bir olgu olarak kabul edilebileceği ve bu takdirde satıcının susmasına cevaz verilemeyeceği, ona aydınlatma yükümlülüğünün kolaylıkla yüklenebileceği kanaatindedir.

Kaliforniya İstinaf Mahkemesinin psikolojik olarak lekelenmiş konutlara ilişkin bu içtihadı ülke genelinde yankı bulmuş ve çeşitli eyaletlerde meselenin zaman içinde farklı farklı yaklaşımlarla ele almasına ön ayak olmuştur.

B. Konutta Gerçekleşen Ölüm Hakkında Aydınlatma Yükümlülüğünün Öngörüldüğü Eyaletler

1. Kaliforniya Hukukundaki Düzenlemeler

Kaliforniya İstinaf Mahkemesinin kararı doğal olarak önce Kaliforniya kanun koyucusunu etkilemiş ve bu kararın akabinde, satıcıya aydınlatma yükümlülüğü yükleyen düzenlemeler Eyalette kabul edilmiştir. 1985 tarihli düzenlemeleriyle, Kaliforniya, bu meseleyi düzenleyen ilk eyalettir¹². Aslında Kaliforniya'da satıcının -sadece ölüm hususunda değil, genel itibariyle de- taşınmaz satışlarında oldukça detaylı bir aydınlatma yükümlülüğü vardır¹³. Kaliforniya'da bu detaylı bilgilendirmede, yasal dayanağını California

¹² **Bouwman**, Jacquelyn A.: "Murdering the Market: How Stigmatized Property Disclosure Requirements in South Dakota Unreasonably Diminish Economic Value in the Residential Real Estate Market", *South Dakota Law Review* vol. 63, no. 2 (2018), s. 395.

¹³ Bkz. State of California Department of Real Estate, *Disclosures in Real Property Transactions*, 1 vd.; aslında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı sadece satışlara ilişkin devir işlemleri ile sınırlı değildir. bkz. California Civil Code § 1102 (a). Burada vurgulamak gerekir ki, bu makale kapsamında, biz konut satışlarına odaklanarak konumuzu sınırlıyoruz.

Civil Code § 1102'den alan bir aydınlatma formu (*Real Estate Transfer Disclosure Statement-TDS*) kullanılmaktadır¹⁴.

Kaliforniya hukukuna göre, sözleşme konusu konutta son üç yıl içinde gerçekleşen ölüm olaylarının satıcı tarafından alıcıya bildirmesi gerekir. Ayrıca sadece menfur, cinayete dayalı ölüm (öldürme) olayları değil, doğal şekilde gerçekleşen ölüm olayları da aydınlatma yükümlülüğünün kapsamındadır.

Görüldüğü gibi, yasal düzenleme İstinaf Mahkemesinin içtihadı ile birebir örtüşmemektedir. Öncelikle, mahkeme kararına konu olay, konutta cinayet işlenmiş olması, öldürme eylemidir. Yasal düzenleme bu hususta daha geniş olup doğal ölüm olaylarını da kapsamına almaktadır. Diğer yandan, anılan cinayetler satış işleminden uzunca bir süre, on yıl önce gerçekleşmesine rağmen, Mahkeme alıcının talebini haklı bulmuştur. Oysa yasal düzenlemede ölüm olayının bildirilmesi yükümlülüğü üç yıl ile sınırlı tutulmuştur. Bu bağlamda, düzenleme bir yönüyle yargısal içtihadı göre geniş bir yönüyle de dar kapsamlıdır. Ancak süre sınırı ile ilgili, Kaliforniya hukukundaki bir düzenlemeden daha bahsetmek gerekir: Satıcının üç yıldan önce gerçekleşen ölüm olayları hakkında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğünün olmaması, kendisine bu hususun sorulmamış olmasına bağlıdır. Şayet alıcı, konutta -herhangi bir şekilde herhangi bir zamanda- bir ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmediğini satıcıya sorarsa artık o susamaz; bu olaylar hakkında alıcıya doğru şekilde bilgi vermek zorundadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya yanlış bilgi verilmesi hâlinde alıcı, sözleşmeden kurtulması ve satıcının sorumluluğuna gitmesine imkân veren hukuki yollara başvurabilir¹⁵. Kaliforniya hukukuna göre, aydınlatma yükümlülüğünün mülkiyetin intikalinden önce imkân olur olmaz gerçekleştirilmesi gerekir. Uygulamada satın alma sürecinin başlarında bu bilgilerin verilmesi yaygındır¹⁶. Aydınlatmanın bir form ile (TDS) yazılı olarak yapıldığına değinilmişti. Bu formun, görüşmeler sırasında değil de sözleşmenin kurulmasından sonra alıcıya teslimi hâlinde, belirtmek gerekir ki alıcı, teslimden itibaren üç gün içinde sözleşmeden cayabilir. Normal

¹⁴ Bir örnek için bkz. <https://d1dgfwa1t3srb7.cloudfront.net/docs/1845-alburn-place-el-dorado-hills-california-95762/real-estate-disclosure-statement.pdf> (erişim tarihi: 27.10.2020).

¹⁵ Bkz. **Burger/Lourdes**, s. 353.

¹⁶ Bkz. <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/residential-home-sellers-california-your-disclosure-obligations.html> (erişim tarihi: 28.10.2020).

posta veya e-posta gibi elektronik ortam ile formun gönderildiği durumlarda ise alıcının cayma hakkı iletilinin ulaşmasından itibaren beş gündür¹⁷.

2. Diğer Eyaletlerdeki Düzenlemeler

Kaliforniya dışında, ABD’de iki eyalette daha konuttaki ölümler hakkında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu eyaletler Alaska ile Güney Dakota’dır.

Alaska hukukunda¹⁸ satıcının sadece cinayet veya intihara dayalı ölüm olaylarında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla doğal ölümler hakkında alıcının bilgilendirilmemesi satıcının sorumluluğuna yol açmaz.

Alaska hukukunda aydınlatma yükümlülüğü konutun alıcıya gösterildiği tarihten önceki bir yıl içinde gerçekleşen cinayet ve intihar olayları içindir. Bu tarihten öncekiler hakkında bilgi verilmesi yükümlülüğü yoktur. Ayrıca yükümlülük satıcının olaydan haberdar olması koşuluna bağlanmıştır. Satıcı cinayet veya intihardan haberdar olmadığını ispatlarsa sorumlu tutulmaz.

Alaska’da, aydınlatma yükümlülüğünün, alıcının işlemi kuran beyanından (öneri veya kabul) önce yapılması aranmakta ve aydınlatma, yazılı şekilde, Konut Devri Aydınlatma Formu¹⁹ kullanılarak yapılmaktadır²⁰.

Güney Dakota mevzuatında 1993 yılında yapılan ve 2005 yılında gerçekleşen değişiklikten sonra, konutta gerçekleşen cinayet ve intihar olayları hakkında alıcıya bilgi verilmesi gerekir²¹. Doğal ölüm olayları ise kapsam dışıdır. Hakkında bilgi verilmesi zorunlu tutulan olaylar, aydınlatma formunun²² imzalanmasından önceki on iki ay ile sınırlandırılmıştır.

Aydınlatma, alıcının sözleşmeye yönelik kurucu irade beyanından önce yapılmalıdır²³. Eğer alıcının irade beyanından sonra formun teslimi ger-

¹⁷ California Civil Code § 1102.3.

¹⁸ Alaska Statutes, AS § 08.88.615.

¹⁹ Residential Real Property Transfer Disclosure Statement, <https://www.commerce.alaska.gov/web/portals/5/pub/rec4229.pdf> (erişim tarihi: 01.11.2020).

²⁰ Belirtmek gerekir ki, bu aydınlatmanın kapsamı konusunda çeşitli yetkilerle donatılmış bulunan Komisyonca (Alaska Real Estate Commission) bir yıllık süre formda üç yıl olarak kaleme alınmıştır: “Are you aware of any murder or suicide having occurred on the property within the preceding 3 years?” (Residential Real Property Transfer Disclosure Statement soru 31); ayrıca bkz. **Bouwman**, s. 395.

²¹ South Dakota Codified Laws, SDCL § 43-4-44.

²² Seller’s Property Condition Disclosure Statement

²³ South Dakota Codified Laws, SDCL § 43-4-38.

çekleşirse, elden teslimlerde üç gün; posta yoluyla teslimlerde altı gün içinde alıcı sözleşmeden/önerisinden cayabilir²⁴.

Satıcının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması, -genel olarak- onarım ve bundan doğan zararları tazmin yükümlülüğüne yol açar²⁵.

C. Konutta Gerçekleşen Ölüm Hakkında Satıcıya Aydınlatma Yükümlülüğü Yüklenmemesine İlişkin Öğreti ve Uygulamadaki Yaklaşımlar ve Bu Yöndeki Eyalet Düzenlemeleri

1. Satıcıya Ölüm Hakkında Aydınlatma Yükümlülüğü Yüklenmemesine İlişkin Yaklaşımlar

Kaliforniya İstinaf Mahkemesinin, psikolojik açıdan lekeli/lekelenmiş konutlar hakkında satıcıya aydınlatma yükümlülüğü yükleyen Reed v. King kararı bilimsel ve yargısal içtihatla iki açıdan eleştiriye uğramıştır.

Eleştiri noktalarından ilki ve yoğunluk içerene, kararın *caveat emptor* ilkesinin uygulama alanını iyice daralttığı ve psikolojik olayları da ilkenin kapsamı dışında bıraktığı noktasındadır. Nitekim anımsatmak gerekirse, Mahkemenin Reed v. King kararındaki önemli tespitlerinden biri, Kaliforniya hukukunda taşınmaz devirlerinde *caveat emptor* ilkesinin neredeyse hiç uygulanmadığı, bir başka deyişle, satıcının oldukça ayrıntılı bir aydınlatma yükümlülüğünün zaten var olduğudur.

Caveat emptor ilkesi²⁶, eski Roma hukukuna dayanan bir ilkedir²⁷. Oradan zamanla Kıta Avrupasına ve Common Law sistemine geçmiş, süreç içinde hâliyle İngiliz hukukuna yansımaları ile Amerikan hukukunda da etkili olmuştur²⁸. Bu ilke, satımda maldaki ayıptan kimin sorumlu olacağı ile ilgili bir ilkedir. Aslında bu hususta iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bunlardan birisi alıcının malı almadan önce iyice incelemesi ve böylece alması üzerine kuruludur. Nitekim Eski Roma hukukundaki uygulaması ile, satıcı malın zilyetliğini alıcıya devrederek satımdan doğan borcunu ifa ettiğinde, artık maldaki ayıplara alıcı katlanmak zorunda kalıyordu²⁹. İşte İngilizce “*let*

²⁴ South Dakota Codified Laws, SDCL § 43-4-39.

²⁵ South Dakota Codified Laws, SDCL § 43-4-42.

²⁶ Caveat emptor, qui ignorare non debuit quod jus alienum emit.

²⁷ **Rado**, Türkân: “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 10, sayı: 3-4 (1945), s. 609 vd.; **Weinberger**, s. 391; **Dallon**, s. 400; **Goldberg**, s. 185; **Bouwman**, s. 389.

²⁸ Bkz. **Dallon**, s. 401 vd.; **Weinberger**, s. 393; **Bouwman**, s. 389; **Goldberg**, s. 185.

²⁹ **Rado**, s. 607.

*the buyer beware*³⁰, Almanca “*Augen auf, Kauf ist Kauf*”³¹ ve Türkçe “alıcı uyanık olsun”³² şeklinde ifade edilebilecek *caveat emptor* ilkesine göre; alıcı dikkatli olmalı, malı teslim almadan önce iyice incelemeli, teslimden sonra da artık maldaki ayıba katlanmalıdır³³. Diğer yaklaşımda ise satıcı, satış öncesinde malda bulunan bir eksiklik veya ayıptan sözleşmenin ifasından sonra da -belirli koşullarla- alıcıya karşı sorumlu tutulabilmektedir. Bilindiği gibi Türk hukuku ve aslında birçok hukuk sistemi satış için bu ikinci sistemi benimsemiştir³⁴.

İstinaf Mahkemesinin içtihadının en çok eleştirilen noktası, işte, bir konutun çatısının akması, zemininin çöküyor olması gibi -maddi- bir ayıp niteliği arz etmeyen hususları bile satıcının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına sokmasıdır. Hâlbuki psikolojik açıdan bir evin lekeli olup olmadığı araştırılmak -eğer buna önem veriyorsa- alıcıdan beklenmelidir.

Case Law ülkesinde, Aslında Reed v. King ile birlikte anılan bu husustaki diğer önemli bir karar, New York İstinaf Mahkemesinin (*Appellate Division of the Supreme Court*³⁵) Stambovsky v. Ackley kararıdır³⁶. Karar 1991 tarihli olup Reed v. King kararından sekiz sene sonra verilmiştir.

Bu olayda alıcı, satın aldığı konutta *hayaletlerin, kötü ruhların (poltergeist)* bulunduğunu ve bu nedenle evin -psikolojik açıdan- lekeli olduğunu iddia etmiş, sözleşmenin iptali ile ödemelerinin iadesini talep etmiştir.

Mahkeme, kararında, bir evdeki kötü ruh iddiasının tek başına *caveat emptor* ilkesini etkisiz kılamayacağını ifade etmekle birlikte, satıcının akit görüşmeleri sırasında bu hususta alıcıya bilgi vermemesini somut olayın

³⁰ **Shisler**, s. 182; **Lucrezia**, Philip: “New York’s Property Condition Disclosure Act: Extensive Loopholes Leave Buyers and Sellers of Residential Real Property Governed by the Common Law”, St. John’s Law Review, vol. 77, no. 2, (2003), s. 403; **Lefcoe**, s. 198; **Roberts**, s. 1; “buyer beware” şeklinde **Dallon**, s. 399; **Bouwman**, s. 387; **Goldberg**, s. 184.

³¹ Bkz. **Honsell**, Heinrich: Römische Recht, 3. Auflage, Heidelberg 1994, s. 115 vd.

³² “Müşteri dikkat etsin” şeklinde **Rado**, 606.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Roberts**, s. 3 vd.; **Dallon**, s. 399 vd.; **Bouwman**, s. 389; **Goldberg**, s. 185.

³⁴ Keza Roma Hukukunda aynı eğilim için bkz. **Rado**, 607 vd.; ayrıca bkz. **Dallon**, 400.

³⁵ New York yargı sisteminde bu mahkemeler en üst derece mahkemenin (Court of Appeals) bir alt derecesi olarak hukuk sistemimizdeki istinaf mahkemelerine benzer bir konumdadır. bkz. <https://www.nycourts.gov/courts/structure.shtml> (erişim tarihi: 07.11.2020); **Balo**, s. 1004 ve 1008.

³⁶ Stambovsky v. Ackley, 169 A.D.2d 254, 572 N.Y.S. 2d 672. (N.Y. App. Div. 1991).

özellikleri açısından sorunlu bulmuştur. Aslında bu olayda, Reed v. King olayının aksine, satıcı çevresinden evdeki kötü ruhu gizlememiş, -bu bakımdan evin perili/cinli olduğunu kendisi de kabullenmiş ve iddia etmiş- bilgisi dâhilinde eve gezi turları düzenlenmiş ve ABD'nin çok satan dergilerinden birinde ve mahalli bir gazetede bu konuda haber yapılmıştır³⁷. Mahkeme ise o çevreden olmayan³⁸ alıcının bunlardan haberdar olmayabileceğinden yola çıkmış, bu konuda genel tavrı gizli kapaklı davranmak olmayan satıcının, karşısındaki somut -muhatap olduğu- alıcıyı aydınlatmamasını anlamlandıramamış ve haksız bulmuştur. Bu gerekçeyle de davayı alıcının lehine sonuçlandırmıştır.

Bugün için New York hukukunda, Stambovsky v. Ackley kararının aksine, satıcının konuttaki ölüm hakkında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı bir yasal düzenleme yürürlüktedir. Fakat hemen belirtelim ki, yukarıdaki ifade, New York eyaletinin yasal düzenlemeye karardan on dört yıl sonra kavuştuğu vurgulanmazsa eksik kalır. Aslında aşağı yukarı bu zaman aralığında, Stambovsky v. Ackley kararı ile -kısmen- desteklenen, Reed v. King kararı dolayısıyla, mesele hakkındaki hukuki belirsizlik süreci ve tartışmalı atmosfer eyaletten eyalete devam etmiştir. Fakat sonunda süreç içinde ibre, *caveat emptor* ilkesinden yana kaymış ve bu yöndeki yasal düzenlemeler birbirini takip etmiştir.

Eyalet bazındaki düzenlemelere geçmeden önce, bu düzenlemelerle uyumlu, onları destekleyen ve meseleye yaklaşımın zaman içinde izlediği yolu gösteren bir başka yargı kararına da burada değinmek gerekir. Bu karar Pensilvanya (*Pensilvanya*) İstinaf Mahkemesinin (*Superior Court*)³⁹ vermiş olduğu Milliken v. Jacono kararıdır⁴⁰.

Bu olayda, kocasının ölümünden sonra Bayan Milliken, iki kız çocuğu ile birlikte oturmak üzere, 2007 yılında davalıdan bir ev satın almıştır. Eve yerleştikten sonra kendisi ve kızları garip sesler duyduklarını ve garip olaylara tanık olduklarını ifade etmişler ve daha sonra evin eski sahiplerinden birisinin (Koumboulis), karısını, kızlarından birinin gözü önünde 2006

³⁷ Ancak vurgulamak gerekir ki, ABD'nin tanınmış dergisinde (Reader's Digest) yapılan haber 1977 tarihli olup satış sözleşmesi 1989 tarihlidir. Dolayısıyla sözleşme ile haber arasında on yıldan fazla bir zaman farkı vardır. Mahalli gazetede yapılan haber ise 1982 tarihlidir.

³⁸ Satılan ev bir köydeydi. Davacı ise New York kentinde yaşıyordu.

³⁹ Pensilvanya yargı sisteminde bu mahkemeler en üst derece mahkemenin (Supreme Court) bir alt derecesi olarak hukuk sistemimizdeki istinaf mahkemelerine benzer bir konumdadır. bkz. <http://www.pacourts.us/courts/> (erişim tarihi: 07.11.2020).

⁴⁰ Milliken v. Jacono - 2012 PA Super 284, 60 A.3d 133.

yılında öldürdüğünü ve kendisinin de intihar ettiğini öğrenmişlerdir. Bunun üzerine Milliken, davalıya karşı, bu elim olay hakkında kendisine bilgi verilmediğine dayanarak, sözleşmenin iptali ve zararının tazmini için dava açmıştır.

Olayla ilgili tespit edilen hususlardan biri, davacıya, evin önceki sahiplerini ve bunların içinde Koumboulis'i de gösteren bir dokümanın verildiğidir⁴¹. Bu sayede Milliken, evin davalıdan önceki sahibinin Koumboulis olduğundan haberdar olmuştur⁴².

Mahkemeye göre, -eğer buna önem veriyorsa- taliplisi olduğu konutta cinayet işlenip işlenmediğini araştırmak alıcıya düşen bir iştir (*caveat emptor*). İnternet çağında, alıcılar, kötü geçmişi olan mülkleri tespit etmekte artık eskisi kadar güçsüz değildir. Kuşkusuz Mahkemenin bu değerlendirmesinde, elim olayla akdedilen sözleşme arasında birkaç aylık zaman farkı bulunmasının ve olayla ilgili bilgilere internet üzerinden ulaşılabilmesinin etkisi de vardır.

Milliken v. Jacono kararının somut olaydan ayrılan, önemli kavramsal değerlendirmeler içerdiğini de burada özellikle belirtmek gerekir:

- Öncelikle bu kararda Reed v. King kararındaki içtihat eleştirilmiştir; psikolojik olayların (susma yoluyla) aldatmanın unsurlarından; *sözleşmenin kurulması açısından önemli bir olguda sessiz kalınması* niteliğinde görülemeyeceği kabul edilmiştir. Mahkemeye göre, aldatmanın bu unsuru objektif niteliği ağır basan bir karakterde iken, psikolojik açıdan rahatsız olma alıcıdan alıcıya, kişiden kişiye değişebilecek subjektif bir özellik arz eder.

- Diğer yandan Mahkemenin yorumuna göre, bu tür psikolojik olumsuzluklara/hasarlara, ayıp kavramı bağlamında, maddi veya hukuki bir ayıp varmış gibi muamele edilemez. Zira örneğin çatının akıtması, binanın kolonlarındaki çatlama gibi yapısal bozukluklar zaman geçtikçe binaya daha fazla zarar verir ve değerini düşürür. Müdahale edilmezse ayıptan doğacak muhtemel sonuç budur. Oysa taşınmaza ilişkin psikolojik kötü izler zaman geçtikçe etkisini kaybeder, insanların anılarında silikleşir ve hatta unutulur.

Yine Mahkemeye göre, psikolojik lekelenmenin satılanın değerini nasıl ve ne derece etkilediği, böylece yargısal bir müdahaleyi haklı kılıp kılmadığı da -aslında Reed v. King kararıyla pek çelişmeyen bir kanaatle- ispatı güç

⁴¹ Bu doküman, bölgede faaliyet gösteren, ev sahiplerinin üyesi olabildiği bir dernekten edinilmiştir.

⁴² Aslında somut olayla ilgili bir başka tespit de, evin olaydan sonraki sahibi davalı Jacono'nun da elim hadiseden bu dava nedeniyle haberdar olduğudur.

bir meseledir; zira, bu husus da -zaman içinde- alıcıdan alıcıya değişebilecek subjektif bir özellik arz eder.

Sonuçta Mahkeme bu davada, oy çokluğuyla, alıcıya bilgi vermediği için satıcıyı sorumlu tutmamış; konutta gerçekleşen cinayeti araştırma külfetini alıcıya yüklemiştir. Mahkemeye göre, taliplisi olduğu konutta bir ölüm olayının yaşanıp yaşanmadığına subjektif bir önem atfediyorsa alıcı, bu hususu konutu almadan önce araştırmalıdır (*caveat emptor*).

Belirtmek gerekir ki, öğretilerde, Reed v. King, Stambovsky v. Ackley ve Milliken v. Jacono kararları değerlendirilirken, bunların -eş zamanlı değil de- yaklaşık yirmi beş yıllık bir zaman süreci içinde verilen kararlar olmasına önem atfedilmektedir⁴³. Zira bu zaman diliminde, teknolojik gelişmeler, internetin yaygınlaşması bilgiye ulaşmayı kolay ve ucuz bir hâle getirmiştir. Örneğin Google arama motoru, Reed v. King, Stambovsky v. Ackley kararlarından sonraki bir dönemde etkinleşmiştir. Bu kararlar döneminde alıcının konutta gerçekleşmiş menfur veya elim bir olayı öğrenme olasılığı -satıcı bilgi vermezse- gayet azken; Bayan Milliken, 2007 yılında, basitçe, internete evle ve sahipleri ile ilgili birkaç kelime girmek suretiyle istediği bilgiyi elde edebilecek durumdadır. Dolayısıyla nispeten yeni tarihli yargısal içtihatlarda, psikolojik açıdan etkili bu gibi olayları araştırma işinin alıcıya yüklenmesi makul karşılanmaktadır⁴⁴. Nitekim günümüzde ABD’de bu gibi konutlara; *psikolojik açıdan lekeli konutlara* odaklanan internet siteleri dahi vardır⁴⁵.

2. Ölüm Olayını Aydınlatma Yükümlülüğü Dışında Tutan Eyalet Düzenlemeleri

Yukarıda sayılan üç eyalet ve bu konuda henüz yasal bir düzenlemeye sahip olmayan birkaçı hariç⁴⁶, ABD’deki eyaletlerin büyük çoğunluğunda,

⁴³ Öğretilerdeki değerlendirmeler için bkz. **Goldberg**, s. 191, 202.

⁴⁴ Bkz. **Goldberg**, s. 191, 202; Milliken v. Jacono kararına konu olan ölüm olaylarının internette hayli yer aldığına ve işlendiğine dair bkz. **Evenhuis**, David: “Milliken v. Jacono: Home Seller not Required to Disclose Murder/Suicide”, <https://www.jdsupra.com/legalnews/milliken-v-jacono-home-seller-not-requ-28469/> (erişim tarihi: 08.11.2020).

⁴⁵ Örneğin <https://www.housecreep.com/browse?q=> (erişim tarihi: 08.11.2020); ayrıca bkz. <https://www.diedinhouse.com/> (erişim tarihi: 08.11.2020).

⁴⁶ Örneğin Washington eyaletinde bu hususta herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Iowa ve Ohio’da da durum böyledir. Ohio hukuku hakkında bkz. **Mueller**, Carolyn L.: “Ohio Revised Code Section 5302.30: Real Property Transferor Disclosure - A Form without Substance”, *University of Dayton Law Review*, vol. 19, no.2 (1994), s. 783 vd.; **Kasper**, Daivia S.: “Ohio’s Homeowner Disclosure Law”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 45, no. 4 (1995), s. 1149 vd.

konuttaki ölümü araştırma işi alıcının üzerine bırakılmıştır. Dolayısıyla alıcı satın almadan önce bu hususu araştırmazsa, taşınmazla ilgili sonradan öğrendiği psikolojik açıdan sarsıcı, vahim ve elim olaylara dayanarak satıcıya başvuramaz. Bu temel çerçeve çizildikten sonra, bu başlık altında, yargı kararları dolayısıyla anılan eyaletler başta olmak üzere, çeşitli eyaletlerdeki düzenlemelere kısaca değinilmesi kanımca yeterli olacaktır.

New York mevzuatında⁴⁷, ölüm, cinayet, intihar veya konutu lekelediği düşünülen herhangi bir olayın alıcıya bildirilmesi gerekmez. Bunlar sözleşmenin kurulmasında alıcının kararını etkileyen önemli olgulardan kabul edilmemiştir; dolayısıyla satıcının bu olayları bildiği hâlde susması dahi sorumluluğuna yol açmaz. Hatta New York hukukunda, bu gibi olayları önemli addeden alıcının kendisine bilgi verilmesi için satıcıdan yazılı olarak talepte bulunduğu durumlarda dahi satıcının aydınlatma istemini karşılama yükümlülüğü yoktur⁴⁸. Dolayısıyla dilerse bu hususta bilgi verir dilerse sessiz kalır.

Pensilvanya hukukunda bu hususta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Milliken v. Jacono kararındaki yargısal içtihadı uyulmaktadır.

Güney Carolina⁴⁹ (South Carolina) hukukunda, ölüm ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin, psikolojik açıdan olumsuz etkiye maruz kalmış taşınmazlar hakkında satıcının alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü yoktur. Güney Carolina mevzuatında, alıcıya kasten bu gibi olaylar hakkında yanlış ve yanıltıcı bilgi veren satıcının sorumluluğuna gidilebileceği açıkça düzenlenmiştir⁵⁰.

Georgia'da⁵¹, gerek cinayet veya intihar gerekse doğal ya da bir kaza sonucu gerçekleşen ölümler olsun, satıcının satılarda gerçekleşen ölüm hakkında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kural olarak, alıcının bu gibi olaylar hakkındaki bilgi istemi eksiksiz karşılanmak zorundadır. Aksi takdirde satıcının sorumluluğu doğar⁵².

Nevada hukukunda da⁵³, cinayet, intihar veya diğer bir nedenle gerçekleşen ölüm olayları, sözleşmenin kurulmasında alıcının kararını etkileyen önemli olgular olarak kabul edilmemiştir. Ancak satış konusu taşınmaz kay-

⁴⁷ New York Real Property Law § 443-A; ayrıca bkz. **Lucrezia**, s. 401 vd.

⁴⁸ New York Real Property Law § 443-A (3).

⁴⁹ South Carolina Code of Laws 27-50-90.

⁵⁰ South Carolina Code of Laws 27-50-90 (C).

⁵¹ Georgia Code 44-1-16 .

⁵² Georgia Code 44-1-16 (a).

⁵³ Nevada Revised Statutes Chapter 40-770.

naklı (örneğin onun yapısal özelliklerinin sebebiyet verdiği) ölüm olayları bu kuralın dışında tutulmuştur; dolayısıyla bu gibi ölüm olayları hakkında satıcının aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi eyaletlerdeki düzenlemeler birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. Yukarıda mümkün olduğunca eyaletten eyalete farklılık arz eden düzenlemeler örnek olarak seçilmiştir. Burada yer verilmeyen eyaletlerde de bunlara benzer düzenlemeler vardır. Örneğin, Connecticut'ta, New York'ta olduğu gibi, alıcı istemde bulunsun bile satıcı, konutta bir cinayet veya intihar eyleminin yaşanıp yaşanmadığı hakkında bilgi vermeyi reddedebilir⁵⁴. Rhode Island Eyaletinde, satıcının, cinayet veya intihar sonucu gerçekleşse de ölüm olayları hakkında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü yoktur; Güney Carolina'da olduğu gibi bu Eyalette de alıcıya yanlış ve yanıltıcı bilgi vermenin satıcının sorumluluğuna yol açacağı açıkça düzenlenmiştir⁵⁵. New Jersey'de de durum böyledir⁵⁶. Öte yandan, Delaware'de⁵⁷ Georgia'daki gibi, Teksas'ta⁵⁸ (Texas) ise Nevada'daki gibi bir düzenleme vardır.

II. PSİKOLOJİK AÇIDAN LEKELENMİŞ KONUT KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNU DA KAPSAR ŞEKİLDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Terim Sorunu

Kuşkusuz kimse, ister satın alma ister bir başka yolla⁵⁹ oturma imkânı elde ettiği bir konutta; huzursuz, rahatsız, korku ve ürperti içinde bir ömür sürmek istemez. İşte bir bina, sıhhi tesisatından yayılan pis koku gibi fiziksel bozuklukları nedeniyle sakinlerini bezdirebileceği gibi, ona atfedilen psikolojik temelli kötü nitelendirmeler nedeniyle de korkutucu ve istenmez olabilir.

ABD'de bu tür konutları ifade etmek üzere, kamuoyunda ve kısmen öğretilerde *psychologically stigmatized (real) property*⁶⁰ ifadesi kullanılmak-

⁵⁴ Connecticut General Statutes § 20-329ee.

⁵⁵ Rhode Island General Laws § 5-20.8-6.

⁵⁶ New Jersey Administrative Code 11:5-6.4; ayrıca bkz. **Shisler**, s. 181 vd.

⁵⁷ 24 Delaware Code § 2927.

⁵⁸ Texas Property Code 5.008.

⁵⁹ Örneğin kiralamak suretiyle.

⁶⁰ Bkz. **Edmiston**, Stuart C.: "Secrets Worth Keeping: Toward a Principled Basis for Stigmatized Property Disclosure Statutes", UCLA Law Review, vol. 58, no. 1 (2010), s. 281 vd.; **Isacco**, s. 1211 vd.; **Brown/Turlow**, s. 628 vd.; **Goldberg**, s. 187; hem "damaged" hem "stigmatized" kullanımı için bkz. **Webb**, s. 67; kavram hakkında bir değerlendirme için bkz. **Bouwman**, s. 388 ve dn. 4.

tadır. Bu ifade *psikolojik açıdan damgalanmış/lekelenmiş* “konut” olarak Türkçeye çevrilebilir; zira kavramdan söz edilince akla gelen taşınmazlar ikamet amaçlı (*residential*) taşınmazlardır.

Kavramla ilgili sözel çeşitlilik, konutu niteleyici *stigmatized* ifadesi üzerindedir. Onun yerine *tainted*⁶¹ ifadesi de tercih edilebilmektedir ki bu da *stigmatized* ile aşağı yukarı aynı düşünceyi ifade eder. Yasal metinlerde ise daha ziyade *impacted*⁶² ve *affected*⁶³ ifadeleri kullanılmaktadır ki bu durumda kavram; *psikolojik etki altındaki taşınmazlar* veya anlam açısından belki daha doğru bir deyişle, *psikolojik açıdan olumsuz algılanan konutlar* olarak Türkçeye çevrilebilir.

ABD hukukunda kastedilen şeyi ifade etmek üzere, Türk hukukunda bir terim kullanılacaksa, *lekeli konut* ifadesi tercih edilebilir. Zira *lekeli* sözcüğü dilimizde mecazen “kötü tanınmış, lekelenmiş” anlamına gelir⁶⁴. Kanımca *kötü şöhretli konut* ifadesi de kavramı yeterince iyi ifade etmektedir. Kavram açısından önerdiğimiz bir başka ifade ise *manen yıpranmış konut* ifadesidir. Bu ifade üzerinden mesele -taşınmaları da kapsayacak şekilde- daha genel düşünülürse, kuşkusuz *kötü şöhretli eşyadan* veya *manen yıpranmış eşyadan* da söz edilebilir.

B. Kavramın Tanımı ve Kapsamı

ABD’de psikolojik açıdan lekelenmiş konutlarda, kişileri hukuki yollara başvurmaya sevk eden, onları edinmek ve/veya kullanmak istememeleridir. Bu isteksizliğe gösterilen dayanak ise konutlarda önceden yaşanmış veya hâlen yaşanmakta olan; elim, vahim veyahut da olağan dışı, normal ötesi (*paranormal*) olaylardır. Buradan hareketle, lekeli/kötü şöhretli konutlar; *içinde*⁶⁵ *gerçekleşen veya gerçekleşmekte olan acıklı, ürkütücü veya olağan dışı olaylar nedeniyle kişilerin mülk ve/veya mesken edinmek istemedikleri taşınmazlar* olarak tanımlanabilir⁶⁶.

⁶¹ **Brown/Turlow**, 625 vd.

⁶² Örneğin, Arkansas Code Annotated § 17-10-101; 24 Delaware Code § 2927; ayrıca öğretilerde de bu kavramı tercih edenler vardır. Örneğin, **McEvoy**, Sharlene A.: “Caveat Emptor Redux: Psychologically Impacted Property Statutes”, *Western State University Law Review*, vol. 18, no. 2 (1991), s. 579 vd.; **Dallon**, s. 434 vd.; **Mueller**, s. 825 dn. 326; **Kasper**, s. 1178; **Hartog**, s. 757 vd.

⁶³ Örneğin, South Carolina Code of Laws 27-50-90; Rhode Island General Laws § 5-20.8-6.

⁶⁴ www.tdk.gov.tr (erişim tarihi: 13.11.2020).

⁶⁵ Tartışmaya açık olmakla birlikte; “veya çevresinde”.

⁶⁶ karşı. **Kasper**, s. 1178.

Hangi konutların veya olayların kavramın kapsamına gireceği ise ayrı bir sorundur. Milliken v. Jacono kararında⁶⁷, Pensilvanya İstinaf Mahkemesinin meseleye olumsuz yaklaşmasının bir nedeni de aslında kavramın taşıdığı bu belirsizliktir. Nitekim Mahkemeye göre, cinayetin bir evi lekeleyen makul karşılandığında, bir başka alıcının, satın aldığı evin son bir yıl içinde beş kez soyulduğunu öğrendikten sonra ileri sürdüğü, “evde yaşamaktan endişe ettiği ve rahatsız olduğu” iddiasına nasıl muamele edilecektir? Yine olayın muhakkak satın alınan konutta gerçekleşmesi mi aranacaktır? Kuşkusuz bu son soru kapsamında, komşu bir mülkte işlenen cinayetlerin veya komşulardan birinin çocuklara cinsel istismardan hüküm giymiş olduğunun öğrenilmesinin, alıcıya dava hakkı verip vermeyeceğinin tartışılması gerekmektedir.

Mahkemenin bu endişeleri ve tespitleri yersizdir denilemez. Zira bir eşyayı, bir taşınmazı veya konutu neyin, nasıl ve ne ölçüde lekeleyeceği tam olarak ortaya konulabilmiş değildir. Bu bağlamda en çok tartışmaya açık hususlar ise herhâlde şunlardır: Farklı türleri ile ölüm, genellikle hayaletlerin/kötü ruhların rol aldığı gizemli olaylar, AIDS gibi hastalıklar, bazı (özellikle cinsel içerikli) suçlar, konutun -temizlenmiş olsa bile- tiksindiren veya tedirgin eden bir kirliliğe/pisliğe maruz kalması⁶⁸.

Kavramın sınırlarının tespitindeki güçlük konusunda Mahkeme haklı da olsa, en azından bazı olayların, Amerikan toplumunun azımsanmayacak bir kısmı için, bu belirsizliğe bürünmediği ve psikolojik açıdan rahatsız edici algılandığı pekâlâ söylenebilir. Anımsatmak gerekir ki, ABD kaynaklı çok sayıdaki korku veya gerilim filminin ana teması, kişilerin taşınmış oldukları yeni evlerinde, hayaletlerle, cinlerle, kötü ruhlarla uğraşmak zorunda kalmasıdır. Nitekim bir araştırmaya göre, ABD’deki yetişkinlerin yaklaşık % 40’ı hayaletlere inanmaktadır⁶⁹. Genellikle de bu varlıkların ortaya çıkışı ölüm olayına bağlanmaktadır. Sonuçta, ABD’de alıcıları psikolojik olarak en çok etkileyen şey; konuttaki ölüm, özellikle de onun cinayet veya intihar gibi rahatsız edici bir tarzda gerçekleşmesidir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde

⁶⁷ Milliken v. Jacono - 2012 PA Super 284, 60 A.3d 133.

⁶⁸ Bunlardan biri/birkaçı ve başka örnekler için bkz. **Webb**, s. 68, 78 vd.; **Brown/Turlow**, s. 628-629; **Neville-Ewell**, s. 301 vd.; **Hartog**, s. 757 vd.; **Edmiston**, s. 289 vd.; **Goldberg**, s. 188-189, 199; **Bouwman**, s. 400 vd.; **McEvoy**, s. 582-583, 587; **Warner**, Daniel M.: “Caveat Spiritus: A Jurisprudential Reflection upon the Law of Haunted Houses and Ghosts”, Valparaiso University Law Review vol. 28, no. 1 (1993), s. 208, ayrıca siyahi komşuya yönelik bir araştırma için s. 224-225.

⁶⁹ Bkz. **Goldberg**, s. 200.

ekseriyetle konu, konutta gerçekleşen cinayet veya intihar olayları hakkında satıcının aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı üzerinden ele alınmaktadır⁷⁰. Bu husustaki genel düzenleme eğilimi ise konutla ilgili psikolojik olumsuz algılamalara, ondaki yapısal bozukluklar, hukuki sorunlar gibi muamele etmeme yönündedir. Nitekim eyaletten eyalete kapsamı değişmekle birlikte; taşınmazın vasfı, geçmişi, konumu, zemini, çevresi vb. gibi birçok özellikleri hakkında, ABD hukukunda satıcılara yüklenmiş oldukça ayrıntılı aydınlatma yükümlülükleri vardır⁷¹ ki psikolojik olumsuzluklar bunlara dâhil edilmemiştir.

C. Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme

Günlük hayat tecrübelerimiz bize göstermektedir ki, Türk toplumunda bir konut edinilirken; onun içinde bir ölümün gerçekleşip gerçekleşmediği, bir cinayetin işlenip işlenmediği yahut bir kimsenin kendi hayatına son verip vermediği pek de sorulup araştırılmamaktadır⁷². Bu ön kabule⁷³ dayanarak, artık, satıcının konuttaki ölüm olayı hakkında alıcıyı aydınlatmamasının Türk hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği; aldatma, culpa in contrahendo sorumluluğu, yanılma ve ayıba yol açıp açmayacağı hususunda bazı kanaatlere varılabilir:

- Türk hukukunda, aldatma aktif ya da pasif bir davranışla (susma) gerçekleştirilebilir. Satıcı, görüşmeler sırasında satılarda bir cinayetin işlenip işlenmediği kendisine sorulduğunda, malumu olan bir olayı alıcıdan gizleyerek işlenmediğini söylerse, bu durumda alıcı aldatma hükümlerine başvurabilir. Acaba alıcı tarafından bu yönde bir soru sorulmaz satıcı da bir açıklamada bulunmaz ve fakat daha sonra vahim bir ölüm olayının konutta gerçekleştiği öğrenilirse, alıcı yine de aldatma hükümlerine başvurabilecek midir? Dikkat edilirse, ABD hukukunda mesele ile ilgili yanıtı aranan temel soru budur.

⁷⁰ Nitekim bkz. **Edmiston**, s. 289 vd.; **Warner**, s. 207 dn. 2.

⁷¹ Örneğin bkz. State of California Department of Real Estate, Disclosures in Real Property Transactions, 6. ed., California 2005, s. 1 vd.; South Dakota Codified Laws SDCL § 43-4-44.

⁷² Aynı mantıkla, ülkemizde kötü şöhretli -olarak algılanan- konut sayısının da fazla olmadığı ileri sürülebilir. Hiç kuşkusuz, ülkesel veya yöresel çapta aksi yönde nitelendirilebilecek taşınmazların varlığı da ihtimal dâhilindedir. Madımak Oteli kanımca bu istisnai taşınmazlara örnektir. Bilindiği gibi Madımak Oteli kamulaştırılmış ve Bilim ve Kültür Merkezine dönüştürülmüştür.

⁷³ Kuşkusuz bu konuda bilimsel bir çalışma yapılırsa ancak o zaman, zandan öte, sağlıklı bir yargıya varılabilir.

Türk hukukunda tarafların sözleşme ile ilgili hususlarda bildikleri her şeyi karşı tarafa aktarma yükümlülüğü yoktur⁷⁴. Ancak taraflardan birinin diğerini aydınlatma yükümlülüğü varsa bu yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sessiz kalması aldatmaya yol açar⁷⁵ (susma yoluyla aldatma)⁷⁶. Zira bu durumda, *bilgi verilmesi gereken hususta bilgi verilmemesi*, alıcıda, o husus gerçekleşmemiş gibi bir kanaat uyandırmakta ve onu sözleşme yapmaya sevk etmektedir. Böylece kişi, o konudaki yanılmasını bilseydi sözleşme kurmayacak bir durumda iken, aydınlatılmadığı için, sözleşme ilişkisine girebilmektedir. Demek ki satıcının susması her zaman aldatma olarak değerlendirilmemekte, ancak aksi yönde bir aydınlatma yükümlülüğü varsa aldatmadan söz edilebilmektedir. Böyle bir yükümlülüğün dayanağı kanun, sözleşme yahut dürüstlük kuralı (TMK m. 2) olabilir⁷⁷.

Konuttaki ölümden alıcının haberdar edilmesi yönünde Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK'da) bir hüküm bulunmamaktadır. Hâliyle bu durumda, dürüstlük kuralı ön plana çıkmaktadır. O hâlde, hukukumuz açısından, satıcının ölümü gizlemesi dürüstlük kuralına aykırı görülebilirse ancak o zaman aldatmanın varlığından söz edilebilecektir.

Kanımca, ilk paragraftaki kabulle uyumlu şekilde, toplumumuzun geneli tarafından konuttaki ölümün araştırılmaması, bu bağlamda sözleşmenin kurulup kurulmamasında önemli bir nokta olarak algılanmaması karşısında, satıcının bildiği bir ölümden alıcıyı haberdar etmemesi aldatmaya yol açmamalıdır. Bir başka deyişle, Türk hukuku açısından da ABD'deki eyaletlerin genelinde olduğu üzere, konutta gerçekleşen ölüm hakkında satıcının alıcıya bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir. Öte yandan konu dürüstlük kuralı olunca, kuşkusuz somut olayın özelliklerinin aksi

⁷⁴ **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 17. Bası, İstanbul 2019, s.115; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019, s. 448; **Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 397.

⁷⁵ Örneğin Türk hukukunda, satıcıya konutta gerçekleşen ölüm hakkında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğü yüklenseydi, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi aldatma olarak kabul edilebilirdi. Zira “Şayet bir kanun hükmü sözleşmenin kurulması sırasında bir tarafa diğer tarafı aydınlatma hususunda somut edim yükümleri yüklemişse, bunlara uymayan taraf, kural olarak karşı tarafı aldatmış sayılmalı, karşı tarafın iptal beyanını (ve tazminat talebini) ancak burada aldatmanın şartlarının gerçekleşmediğini ispat ederek etkisizleştirebilmelidir”. **Oğuzman/Öz**, s. 115.

⁷⁶ Bkz. **Antalya**, s. 397-398; **Yıldırım**, M. Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 104 vd.; **Kurşat**, Zekeriya: Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003, s. 51 vd.

⁷⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 448; **Yıldırım**, s. 105; **Kurşat**, s. 53.

yönde hareket edilmesini gerektirdiği istisnai olaylara da açık kapı bırakmak gerekir. Şöyle ki, alıcı yaptığı araştırma sonucunda konuta emsallerine uygun bir fiyat biçmiş ve fakat aslında kötü şöhretinden dolayı konutun vasıflarının oldukça altında bir ederi/piyahası varsa satıcının bu hususta alıcıyı aydınlatmamış olması (susması), dürüstlük kuralına aykırı görülebilir ve bu takdirde alıcının aldatma hükümlerinden yararlanması ihtimali de doğar⁷⁸. Ancak bu istisnanın kabulü için de ABD hukukundaki bir değerlendirmeyi gözden kaçırmamak gerekir: Orada, internetin yaygınlaşması ile erişilebilir bir bilgi hâline geldiği düşüncesinden hareketle, *psikolojik açıdan lekeliliği/konutta gerçekleşen ölümü* araştırma işinin alıcıya yüklendiğini anımsatalım. Dolayısıyla, bu ihtimal de dikkate alınarak yukarıdaki örneğe; *alıcının konutun bu kötü şöhretini araştırarak öğrenmesi de oldukça güç veya imkânsız ise* ifadesi eklenirse daha kusursuz bir örnek olacaktır. Öte yandan, bilindiği gibi, culpa in contrahendo sorumluluğu da kişiye, “*muhabatın iradesi üzerinde etkili olabilecek önemli hukuki ve fiili vakalar konusunda onu aydınlatma yükümlülüğü*”⁷⁹ yükler. Culpa in contrahendo sorumluluğunun, bir başka deyişle, *sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun*⁸⁰ temeli de TMK m. 2’de zikredilen dürüstlük kuralıdır. Bu nedenle, ölüm hakkında alıcının satıcı tarafından aydınlatılmamasının prensip itibarıyla dürüstlük kuralına aykırı olmayacağı kabul edildiğinde, bu meselede, satıcı aleyhine culpa in contrahendo sorumluluğunun da -muhtemelen- doğmayacağı sonucuna varılabilir⁸¹.

⁷⁸ Türk hukukunda kabul edildiği üzere, bazı olaylarda hem yanılma ve aldatma hem de ayıp ile ilgili hükümlere aykırılık gerçekleşebilir ve alıcı bunlardan herhangi birine başvurabilir. **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 123; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 158; **Gümüş**, M. Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 79-80.

⁷⁹ **Gürpınar**, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006, s. 156.

⁸⁰ Terminoloji için bkz. **Demircioğlu**, H. Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, s. 41; **Yalman**, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s.17 vd.

⁸¹ Bilindiği gibi, aldatma ile culpa in contrahendo sorumluluğu bazı açılardan benzerlikler göstermekle birlikte farklı kavramlardır. Örneğin aldatma için kastın varlığı aranırken, culpa in contrahendo sorumluluğu için aranmaz; böylece aldatma kastı olmadan alıcıya bilgi verilmemesi hâllerinde de culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu ikisi hakkında ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz. **Demircioğlu**, s. 44 vd., 218 vd. Keza karşı tarafa özensiz bir şekilde bilgi ve öğüt vermek de culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açar. **Kırca**, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorum-

- Yukarıda aldatma için yapılan açıklamalar doğrultusunda, burada, eşyanın kötü şöhretinin bilinmemesinin alıcıya yanılma hükümlerine başvurma imkânı verip vermediği sorusu da yanıtlanmalıdır. Bilindiği gibi “Saikte yanılma, esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır” (TBK m. 32). Hâliyle Kanun’da, saik yanılmasının esaslı yanılmaya (temel yanılmaya) dönüşmesi için de dürüstlük kuralına yollamada bulunmaktadır; temel yanılmasına başvurulması için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır ki bunlardan biri subjektif olup yanılanın yanıldığını bilseydi sözleşme yapmayacak olmasıdır⁸². Objektif koşul⁸³ ise işte bu yanılmanın iş ilişkilerindeki dürüstlük kuralına göre de, bilinseydi sözleşmenin yapılmasını engelleyecek derecede önemli görülmesidir⁸⁴. Ülkemizde konutta gerçekleşen ölüme; toplumdaki dürüst, makul kişilerce bilinseydi sözleşmenin yapılmamasına neden olacak derece önem atfedilmediği⁸⁵ yukarıda kabul edildiğinden, şu hâlde alıcının konut gerçekleşen ölüm hakkındaki yanılmasının⁸⁶ esaslı yanılmaya (temel yanılması) dönüştüğü iddiası da -istisnai durumlar hariç⁸⁷ - reddedilmelidir.

- Meseleyle ilgili tartışılması gereken bir diğer husus ise satılanın kötü şöhretinin, ayıp niteliğinde görülüp görülemeyeceğidir. Bu hususta her şeyden önce belirtmek gerekir ki, Pensilvanya İstinaf Mahkemesinin Milliken v. Jacono kararında ifade ettiği üzere, psikolojik olumsuzlukların/yıpranmaların satılanı ayıptaki gibi etkilediğinin benimsenmesinde, dolayısıyla bunların ayıp olarak kabulünde ciddi sorunlar vardır.

luluk, Ankara 2004, s. 139; culpa in contrahendo sorumluluğuna sebebiyet veren sorunlu bilgi aktarımları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gürpınar**, 161 vd.

⁸² “...yanılanın yanıldığı saiki, sözleşmenin temeli (olmazsa olmazı) saymış olmasıdır” **Eren**, s. 436.

⁸³ Bu koşulun geniş şekilde yorumlanması gerektiği hakkında bkz. **Antalya**, s. 386.

⁸⁴ Ayrıca temel yanılmasının varlığı için bilinebilirlik unsuru aranmaktadır: “Ancak bu durumun (yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saydığı, **Eren**, s. 437) karşı tarafta da bilinebilir olması gerekir” (TBK m. 32).

⁸⁵ “Belirli bir olay hakkındaki yanlış tasavvur sadece yanılığa düşen taraf yönünden sözleşmenin zorunlu şart ve temelini oluşturmamalı, aynı zamanda işlerde dürüstlük, ticari doğruluk kurallarına göre, doğru dürüst düşünen kişiler yönünden de sözleşmenin zorunlu unsurunu oluşturmalıdır” **Antalya**, s. 387; ayrıca bkz. **Eren**, s. 437.

⁸⁶ Konutta herhangi bir ölüm olayının yaşanmamış olduğu düşüncesi ile hareket etmesinin

⁸⁷ Aldatma için ifade edildiği üzere, kötü şöhreti bir taşınmazın fiyatını benzerlerine göre önemli ölçüde fiilen düşürmüştü ve bu durum bilinseydi kimsenin o -mevcut sözleşmedeki- yüksek fiyatla malı almayacağı kabul edilebiliyorsa yanılma hükümlerine başvurma ihtimali de gündeme gelecektir.

Aynı sorun, psikolojik olumsuzlukların ayıbın türlerine sokulmasında da görülür. Bilindiği gibi satış sözleşmesinde satıcı TBK m. 219 gereği, “ayıbın üç türünden; “(satılarda) maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından... sorumlu olur” (TBK m. 219). Çalışma esasen ABD hukukuna ilişkin olduğundan, ayıbın -Türk hukukunda yeterince işlenmiş- bu üç anlamı hakkında burada ayrıntıya girilmeyecektir⁸⁸. Kısaca belirtmek gerekirse, psikolojik olumsuzlukların maddi veya hukuki ayıp olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ekonomik ayıba gelince, öğretilerdeki tanımına göre, ekonomik ayıp, satılan malın normal özellik ve niteliklerine göre getirmesi gereken verimi veya geliri getirmemesidir⁸⁹. Hâliyle, bu tanıma göre, psikolojik olumsuzluklar (bir konutun manen yıpranmış olması) tek başına⁹⁰ ekonomik ayıp olarak da nitelendirilemez.

Çalışmada odaklanılan satış sözleşmesinin aksine, Türk hukukunda kira ilişkisi için Kanun’da ayıp türleri açıkça sayılmamıştır. Nitekim öğretilerde, kiralanandaki ayıptan söz edilince bunun maddi, hukuki, ekonomik veya manevi ayıp⁹¹ şeklinde gerçekleşebileceği ifade edilmektedir. Manevi ayıp, kiralanana kullanılırken kiracıya rahatsızlık veren, kiralananın amacına uygun kullanımını manevi olarak güçleştiren olumsuzluklardır⁹². Bu tür ayıplara, -ister kiraya veren isterse üçüncü kişi tarafından yapılsın- kiracıya

⁸⁸ Kavramlar hakkında bkz. **Eren**, s. 106 vd.; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 86 vd.

⁸⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 107; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 87.

⁹⁰ “Tek başına” ifadesi, konutta gerçekleşen ölüm gibi durumlarda ekonomik ayıp kavramının kullanılarak alıcıya koruma sağlanması imkânının önünün tamamen kesilmemesi için özellikle tercih edilmiştir. Zira -bu imkânâ ulaşmak amacıyla yapılacak bir yorumla-kavramdan, kötü şöhretinden dolayı satılanın bedelinin emsal taşınmazların bedelinden önemli ölçüde düşük olduğu durumlarda yararlanma ihtimali doğabilir. Kuşkusuz bu ihtimalin gerçekleşmesi için, satılan ile benzerleri arasında önemli bir değer farkının olması gerekir. Çünkü hukukumuzda göre, ancak ayıp önemli derecede ise alıcının TBK’da zikredilen hakları doğar: “Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.” (TBK m. 219).

⁹¹ “Maddi olmayan ayıp” **Eren**, Borçlar Özel, s. 334.

⁹² Bkz. **Üçer**, Mehmet/**Meriç**, Nedim: “Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Verenin Ayaıptan Sorumluluğunun Kapsamı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 41 (2019), s. 413; ayrıca kira sözleşmesinde ayıp hakkında bkz. **Çabri**, Sezer: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kiraya Verenin Ayaıptan Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 103 vd.; **Gümüş**, M. Alper: Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 106 vd.; **Yünlü**, Semih: Kira Sözleşmesinde Ayaıptan Sorumluluk, Yargıtay Karar Örnekleriyle, İstanbul 2020, s. 66 vd.

hakaret edilmesi, sataşılması, kiraya verenin kiracının rızası olmadan eve girip çıkması, evin önceden randevu evi olarak kullanılmış olması ve hâlen öyle biliniyor olması⁹³ örnek verilmektedir⁹⁴.

Psikolojik olarak lekelenmeye yol açtığı düşünülen olayların en bilineni ve tartışmasız olanı ölüm olayıdır. Ölüm vb. durumlarda⁹⁵ ise aslında geçmişte olup bitmiş bir olay bulunmakta, bu olay alıcı tarafından âdeta “kafaya takılmaktadır”, “kafada yaşatılmakta”, unutulmamakta ve onun psikolojik tesiri altında kalınmaktadır. Kira ilişkisinde manevi ayıp için -genel olarak verilen örneklerde ise aslında kiracının bir kuruntusu, takıntısı değil, somut, hâlihazırda o şeyi kullanırken maruz kaldığı bir olumsuzluk vardır; komşudan gelen gürültü veya kokunun verdiği rahatsızlık gibi. Dolayısıyla mevcut genel anlayış ışığında; Türk hukukunda kira ilişkisinde dile getirilen manevi ayıp kavramı ile ABD hukukundaki satılanın psikolojik açıdan lekelenmiş olmasının, aynı anlamı ifade ettiğini söylemek de pek isabetli gözükmemektedir.

SONUÇ

ABD hukukunda Reed v. King kararıyla birlikte, satıcının konutta gerçekleşen ölüm hakkında alıcıyı aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışılmaya başlanmıştır. Reed v. King kararında, satıcıya bu yükümlülük yüklenmiştir. Bunu takiben üç eyalette ölüm hakkında satıcıya aydınlatma yükümlülüğü getiren düzenlemeler kabul edilmiştir. Bunların içinde Kaliforniya hukukundaki düzenleme konutta gerçekleşen her türlü ölümü kapsamına almakla, bu açıdan, en ağır düzenlemedir. Alaska ve Güney Dakota’da ise doğal ölümler kapsam dışı tutulmuş ve yalnız cinayet veya intihar şeklinde gerçekleşenleri için satıcıya yükümlülük yüklenmiştir.

ABD’nin genelinde ise konutta gerçekleşen ölüm, eğer bu noktada hassasiyeti varsa alıcının araştırması gereken bir mesele olarak görülmek-

⁹³ Bu son örnek için bkz. **Üçer/Meriç**, s. 413 ve dn. 31; Keza **İnceoğlu**, Lachat/Roy’a atfen, taşınmazın kötü bir ününün yayılmış olmasının da bu şekilde değerlendirildiğini ifade etmektedir. Bkz. **İnceoğlu**, Murat: Kira Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2014, s. 130, yazarın atfı için bkz. aynı sayfada dn. 477 (**Lachat**, David: Das Mietrecht für die Praxis, 8. Auflage, Zürich 2011).

⁹⁴ Bu örneklerin biri veya birkaçı için bkz. **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara 2018, s. 257; **Eren**, Borçlar Özel, s. 334; **Çabri**, s. 104; **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 316; **Gümüş**, Kira, s. 108; **İnceoğlu**, s. 130; **Üçer/Meriç**, s. 413.

⁹⁵ Örneğin, konutta AIDS taşıyan birinin yaşamış olması veya konutun -temizlenmiş olsa bile- tiksindiren veya tedirgin eden bir kirliliğe/pisliğe maruz kalmış olması.

tedir. Dolayısıyla satıcının, ölüm olayını bilse dahi alıcıya bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Hatta eyaletlerin bir kısmında, alıcı tarafından sorulsa dahi satıcının bu yöndeki bir soruya yanıt vermeyi reddetmesi, susması, sorumluluğuna yol açmaz. Ancak satıcının alıcıya yanlış veya yanıltıcı bilgi vermesine de -doğal olarak- müsaade edilmez.

ABD hukukunda, ölüm hakkında bilgi verilip verilmeyeceği meselesi aslında daha üst bir kavramın en önemli, en tartışılan örneği olması itibariyle ön plandadır. Bu kavram psikolojik açıdan lekelenmiş konut/taşınmaz/eşya kavramıdır. Mesele, psikolojik açıdan lekelenmiş bir konutun bu durumunun, kullanım veya mülkiyet maksatlı devir borcu doğuran sözleşmelere olan etkisidir. Yanıtı aranan soru da şudur: Psikolojik olarak lekeli olma, alıcının lehine, bilinseydi sözleşmenin kurulmasına engel olacak derecede önemli bir olgu kabul edilecek midir? İşte özellikle konuttaki ölüm üzerinden, bazen daha da geniş -AIDS gibi hastalıkları da kapsar- içerikte, ABD'deki eyaletlerin çoğu tarafından bu soruya olumsuz yanıt verilmiş olmaktadır.

Türk hukukunda aynı kavramı ifade etmek üzere, lekeli konutlar, kötü şöhretli konutlar ifadeleri kullanılabilir. Önerdiğimiz bir başka karşılık ise “manen yıpranmış konut” ifadesidir. Bunlar da konutu aşan bir anlamda kullanılabilir; kötü şöhretli taşınmazlar veya manen yıpranmış mallar, manen yıpranmış eşya gibi.

Türk hukukunda, kendi toplumuna özgü nedenlerle, konutun kötü şöhreti hakkında satıcının aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, bu durumu bilen satıcının susması dahi -prensip itibariyle- aldatmaya yol açmamalı; dürüstlük kurallarına aykırı görülmemelidir.

Kötü şöhretli olmanın satış sözleşmesi açısından ayıp niteliğinde olup olmadığı her şeyden önce ayıbın doğasının kavramla uygunluğu açısından tartışmaya açıktır. Özele inildiğinde, kötü şöhretin gerek maddi veya hukuki ayıp gerekse doğrudan doğruya ekonomik ayıp olarak nitelendirilmesi pek de mümkün gözükmemektedir. Bunun gibi, ABD hukukundaki psikolojik açıdan lekeli olma kavramı, Türk hukukunda kira ilişkileri için zikredilen manevi ayıp kavramı ile de birebir örtüşen bir kavram değildir.

KAYNAKÇA

- Antalya**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 1, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Balo**, Yusuf Solmaz: “Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme Teşkilatı”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD), C. 61, S. 3 (2012), s. 973-1015.
- Bouwman**, Jacquelyn A.: “Murdering the Market: How Stigmatized Property Disclosure Requirements in South Dakota Unreasonably Diminish Economic Value in the Residential Real Estate Market”. South Dakota Law Review vol. 63, no. 2 (2018), s. 387-417.
- Brown**, Ronald Benton/**Thomas** H. Turlow: “Buyers Beware: Statutes Shield Real Estate Brokers and Sellers Who Do Not Disclose That Properties Are Psychologically Tainted”. Oklahoma Law Review, vol. 49, no. 4 (1996), s. 625-650.
- Burger**, Michael Adam/**Lourdes** I. Reyes Rosa: “Your Money and Your Life - AIDS and Real Estate Disclosure Statutes”. Hofstra Property Law Journal, vol. 5, no. 2 (1993), s. 349-380.
- Can**, Mustafa: “ABD Hukukunda Yargı Sistemi ve Uyuşmazlıkların Çözümü”. Mevzuat Dergisi, Yıl: 6, S. 69 (2003), <http://www.mevzuatdergisi.com/2003/09a/04> (erişim tarihi: 04.10.2020).
- Çabri**, Sezer: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Dallon**, Craig W.: “Theories of Real Estate Broker Liability and the Effect of the As Is Clause”. Florida Law Review, vol. 54, no. 3 (2002), s. 395-450.
- Demircioğlu**, H. Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.
- Edmiston**, Stuart C.: “Secrets Worth Keeping: Toward a Principled Basis for Stigmatized Property Disclosure Statutes”. UCLA Law Review, vol. 58, no. 1 (2010), s. 281-320
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019 (kısaltma: Borçlar Genel).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019 (kısaltma: Borçlar Özel).

- Evenhuis**, David: “Milliken v. Jacono: Home Seller not Required to Disclose Murder/Suicide”, <https://www.jdsupra.com/legalnews/milliken-v-jacono-home-seller-not-requ-28469/> (erişim tarihi: 08.11.2020).
- Goldberg**, Hilary M.: “Disclosing the Inevitable: Reconciling the Varied Requirements for the Disclosure of Death on Real Property”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 32, no. 1 (2018), s. 183-220.
- Gümüş**, M. Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012* (kısaltma: *Borçlar Özel*).
- Gümüş**, M. Alper: *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012* (kısaltma: *Kira*).
- Gürpınar**, Damla: *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, İzmir 2006*.
- Hartog**, Ross R.: “The Psychological Impact of AIDS on Real Property and a Real Estate Broker’s Duty to Disclose”. *Arizona Law Review*, vol. 36, no. 3 (1994), s. 757-784.
- Honsell**, Heinrich: *Römisches Recht, 3. Auflage, Heidelberg 1994*.
- Isacco**, Michael D. Jr.: “A Massachusetts Real Estate Broker’s Duty to Disclose: The Quandary Presented by AIDS Stigmatized Property”. *New England Law Review*, vol. 27, no. 4 (1993), s. 1211-1234.
- İnceoğlu**, Murat: *Kira Hukuku, Cilt 1, İstanbul 2014*.
- Kasper**, Daivia S.: “Ohio’s Homeowner Disclosure Law”. *Case Western Reserve Law Review*, vol. 45, no. 4 (1995), s. 1149-1190.
- Kırca**, Çiğdem: *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk, Ankara 2004*.
- Kurşat**, Zekeriya: *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul 2003*.
- Lefcoe**, George: “Property Condition Disclosure Forms: How the Real Estate Industry Eased the Transition from Caveat Emptor to Seller Tell All”. *Real Property, Probate and Trust Journal*, vol. 39, no. 2 (2004), s. 193-250.
- Lucrezia**, Philip: “New York’s Property Condition Disclosure Act: Extensive Loopholes Leave Buyers and Sellers of Residential Real Property Governed by the Common Law”. *St. John’s Law Review*, vol. 77, no. 2, (2003), s. 401-444.

- McEvoy**, Sharlene A.: “Caveat Emptor Redux: Psychologically Impacted Property Statutes”. *Western State University Law Review*, vol. 18, no. 2 (1991), s. 579-588.
- Mueller**, Carolyn L.: “Ohio Revised Code Section 5302.30: Real Property Transferor Disclosure - A Form without Substance”. *University of Dayton Law Review*, vol. 19, no.2 (1994), s. 783-836.
- Neville-Ewell**, Florise R. “Residential Real Estate Transactions: The AIDS Influence”. *Hofstra Property Law Journal*, vol. 5, no. 2 (1993), s. 301-348.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 17. Bası, İstanbul 2019.
- Rado**, T. “Roma Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Mesuliyeti”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 10, sayı: 3-4 (1945), s. 604-619.
- Roberts**, Florie Y. “Disclosure Duties in Real Estate Sales and Attempts to Reallocate the Risk”. *Connecticut Law Review*, vol. 34, no. 1 (2001), s. 1-54.
- Shisler**, Robert H. “Caveat Emptor is Alive and Well and Living in New Jersey: A New Disclosure Statute Inadequately Protects Residential Buyers”, *Fordham Environmental Law Journal*, vol. 8, no. 1 (1996), s. 181-220.
- Üçer**, M./Meriç, N. “Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğunun Kapsamı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 41 (2019), s. 405-438.
- Warner**, Daniel M.: “Caveat Spiritus: A Jurisprudential Reflection upon the Law of Haunted Houses and Ghosts”. *Valparaiso University Law Review*, vol. 28, no. 1 (1993), s. 207-245.
- Webb**, Eileen: “Houses with a history: Disclosure obligations and ‘psychologically stigmatised’ property”. *Australian Property Law Journal*, vol. 13, no.1 (2006), s. 67-100.
- Weinberger**, Alan M.: “Let the Buyer Be Well Informed - Doubting the Demise of Caveat Emptor”. *Maryland Law Review*, vol. 55, no. 2 (1996), s. 387-424.
- Witkin**, Bernie E.: *Summary of California Law*, 11th edition, California 2017.
- Yalman**, Süleyman: *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara 2006.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2014.

Yıldırım, M. Fadıl: Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002.

Yünlü, Semih: Kira Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk, Yargıtay Karar Örnekleriyle, İstanbul 2020.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara 2018.

ÖRGÜTLÜ HAPİSHANE SİSTEMİNE GEÇİŞ SÜRECİNE İLİŞKİN TESPİTLER

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.897855>

Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA*

Hande ÖZGER (LL.M)**

Öz

Hapishanenin doğuşu modern dönemin başlangıcına tekabül eder. Bu bağlamda 17. yüzyılda Avrupa'da başlayıp, sonrasında tüm dünyayı etkisi altına alan ekonomik, sosyal ve kültürel değişim sürecini ifade eden modern sürecin, kamusal cezalandırma sistemlerine önemli etkisinin olduğu görülmektedir. Nitekim daha önceki dönemlerde istisnai olarak uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar, modern sürece geçişle birlikte asıl cezalandırma şekli haline gelmiş ve devletler örgütlü bir cezaevi sistemi oluşturmaya başlamışlardır.

Modern öncesi cezalandırma sistemlerinde fiziksel şiddet içeren cezalar ön planda iken; modern sürece geçişle birlikte hürriyeti bağlayıcı cezaların merkezi konuma geldiği görülmektedir. Bunun yanında modern öncesi dönemde cezanın odağını hükümlünün bedeni oluştururken, modern dönemle birlikte hükümlünün ruhu cezalandırılmaya başlanmıştır. Nitekim hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlüye fiziksel olarak değil; ama manevi yönden ıstırap vermektedir. Ayrıca modern öncesi dönemde cezalandırmanın gösteri şeklinde (seyirlik olarak) infaz edildiği görülürken, modern dönemde hürriyeti bağlayıcı cezalar kapalı kapılar ardında infaz edilmektedir. Önceki zamanlarda fiziksel şiddet içeren cezaların infazı zamana yayılmış olmadığından, iyi yapılandırılmış bir hapishane sistemine ve hükümlülerin gözetimine de ihtiyaç yoktu. Ancak modern dönemle birlikte, zamana yayılan hürriyeti bağlayıcı cezanın infazıyla aynı zamanda hükümlünün disipline edilmesi de amaçlandığından, iyi yapılandırılmış bir hapishane sistemi ve hükümlülerin etkin gözetimine ihtiyaç duyulduğu görülmür. Ayrıca modern dönemde hükümlülerin gözetim ve disipline edilmesinde

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: hkarakehya@anadolu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5028-1216> (Makalenin Geliş Tarihi: 20.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.08.2020/Makale Kabul Tarihi: 08.12.2020)

** Uzman, Zafer Kalkınma Ajansı (e-posta: hande.ozger@zafer.org.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9279-1169> (Makalenin Geliş Tarihi: 20.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 06.08.2020/Makale Kabul Tarihi: 08.12.2020)

çalışan kişilerin icra ettiği özel meslek gruplarının da ortaya çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda gardiyanlık da tıpkı hapisane gibi modern bir icattır.

Anahtar Kelimeler

Hapishanenin Doğuşu, Modernizm, Hapis Cezası, Hapishane, Gözetim, Ceza Hukuku

DETERMINATIONS ON TRANSITION PROCESS TO ORGANIZED PRISON SYSTEM

Abstract

The birth of the prison corresponds to the beginning of the modern era. In this context, it is seen that the modern process, which expresses the process of economic, social and cultural change that started in Europe in the 17th century and then influenced the whole world, has a significant effect on public punishment systems. As a matter of fact, the imprisonment, which was applied exceptionally in previous periods, became the main form of punishment with the transition to the modern process and states started to form an organized prison system.

In pre-modern punishment systems, punishments involving physical violence are at the forefront; with the transition to the modern process, imprisonment has become the main form of punishment. In addition to this, the focus of punishment was the body of the prisoner in the pre-modern period, while the spirit of the prisoner began to be punished with the modern period. As a matter of fact, the imprisonment is not physical; it is painfully spiritual. In addition, in the pre-modern period, punishment was executed as a show. There was no need for a well-structured prison system and the supervision of convicts, as the execution of punishments involving physical violence had not spread over time. However, with the modern period, the execution of time-consuming imprisonment is also aimed at the discipline of the convict, so that a well-structured prison system and effective supervision of convicts are needed. In addition, it is seen that in the modern period special professional groups consisting of persons working in the supervision and discipline of convicts have emerged. In this context, the guardianship is a modern invention just like the prison.

Keywords

Birth of Prison, Modernism, Imprisonment, Prison, Surveillance, Criminal Law

GİRİŞ

Hapishane son derece modern bir icattır. Buna karşın modern öncesi dönemlerde de insanların bir yerlere kapatılmasına dair örnekler vardı. Örneğin kırbaçlanmayı ya da öldürülmeyi bekleyen kimselerin infaza başlanıncaya kadar tutuldukları yerlerin ve öldürülmesi ya da fiziksel işkenceye tabi tutulması uygun görülmeyen kimselerin kapatıldıkları zindanların yanında, yargılama bitinceye kadar el altında bulundurulmak istenen sanıkların tutuldukları yerler bulunmaktaydı¹. Ancak bunlar istisnai uygulamalar olmakla birlikte, bu uygulamaların yapıldığı yerlerin (zindan vs.) ülke geneline yayılmış ve hiyerarşik olarak yapılandırılmış bir örgütlenmesi de söz konusu değildi.

Modern döneme geçişle birlikte kamusal cezalandırma sisteminde de ciddi değişiklikler yaşanmış ve zamanla doğrudan fiziksel şiddet içeren cezaların yerini hürriyeti bağlayıcı cezalar almaya başlamıştır. Günümüzde geldiğimiz noktada ise artık demokratik hukuk düzenleri bakımından hürriyeti bağlayıcı cezalar hâkim cezalandırma şeklidir. Fiziksel şiddet içeren cezalar ise gayri insani olmaları dolayısıyla “kabul edilemez” olarak damgalanmışlardır. Hatta günümüzde, hürriyeti bağlayıcı cezaların da işlevsel ve insani olmadığına yönelik eleştiriler de yapılmaktadır. Ancak tüm bu eleştirilere karşın, hürriyeti bağlayıcı cezalar hala demokratik ceza adaleti sistemlerindeki merkezi konumlarını korumaktadırlar.

Biz bu çalışmamızda hürriyeti bağlayıcı cezaların ve dolayısıyla “hapishane” kavramının örgütlü şekilde ilk ortaya çıktığı zamana ilişkin tespitlerde bulunmayı amaçladık. Hürriyeti bağlayıcı cezalar neyin yerini aldı? Kamusal cezalandırmada nasıl bir değişim süreci yaşandı? Hürriyeti bağlayıcı cezalara geçilmesiyle amaçlanan neydi? Bu soruların cevaplarını bulmaya çalışacağız. Söz konusu cevaplara ilişkin yapacağımız tespitlerin hem hapishaneleri sosyal yaşam içerisinde doğru bir yerde konumlandırmamıza hem de bu kurumlara yönelik eleştirilerin daha doğru noktalara odaklanmasına imkân sağlayacağı kanaatindeyiz. Nitekim geçmişi iyi bilmek, çoğu kez bizlere çok daha iyi bir gelecek tasavvuru sunar.

Bu bağlamda çalışma içerisinde öncelikle, örgütsel hapishanenin doğusunun gerçekleştiği modern sürecin başlangıcına ilişkin açıklamalar yapılacak, sonrasında modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinin özellikleri belirlenecek, hürriyeti bağlayıcı cezaların etkisinin batı dünyası tarafından tespiti irdelenecek, fiziksel şiddet içeren cezalardan hürriyeti bağlayıcı ceza-

¹ Aynı yönde bkz. **Özbek**, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 30.

lara geçişin nasıl gerçekleştiği açıklanacak ve son olarak modern dönemdeki hapisane odaklı cezalandırma sisteminin özellikleri tespit edilerek çalışma tamamlanacaktır.

1. MODERN SÜRECE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

İnsanlığın hürriyeti bağlayıcı cezalara geçişi, medeniyetin önemli bir zaferi olarak kabul edilebilir. Nitekim hapis cezası, örgütlü olarak modern süreçte ortaya çıkan bir kavram olsa da, cezalandırmanın tarihi insanlık tarihi kadar eskidir. Hatta bazı kutsal kaynaklara göre, insanlığın dünyadaki başlangıcı, Hz. Âdem'in cezasının infazına dayanmaktadır². Ancak hürriyeti bağlayıcı cezaların, modern döneme kadar, hapis cezaları gibi sistematik bir kapatma ve gözetim biçiminde uygulanmadığı görülmektedir. Modern öncesi dönemdeki cezalar, daha çok doğrudan fiziksel şiddet içeren ve insan bedenine yönelen cezalardan oluşmaktadır³.

Modern süreç (modernizm) özellikle 17. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Avrupa'da görülen ve sonrasında tüm dünyayı etkisine alan sosyal, ekonomik ve kültürel değişim sürecini ifade etmektedir⁴. Sosyal bilimler alanında çalışan yazarlardan bir kısmı içinde bulunduğumuz bu günlerde de hala modern sürecin devam ettiğini savunmakla birlikte; diğer bir kısım yazar ise İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, yaygın olarak "postmodern dönem" olarak nitelendirilen yeni bir sürece geçildiğini savunmaktadırlar⁵.

Doktrinde modern süreç birçok farklı unsur üzerinden tanımlanıyor olsa da, kanaatimizce modernizm üç temel sacayağı üzerinde ayakta durur. Bunlar; sanayileşme, sanatsal-kültürel değişim ve aydınlanmadır. Nitekim bu süreçte ekonomik alanda sanayileşme yaşanmış, üretim tarzı ve ilişkileri gele-

² Eski Ahit'te Yaratılış Bab'ı 3:1-21 bölümünde ve Kuran-ı Kerim'de Bakara Suresi'nin 35 ila 37. ayetleri ile A'raf Suresi'nin 24. ayetinde insanoğlunun bir ceza olarak cennetten dünyaya gönderilişi anlatılmaktadır. **Daştan**, Nihangül: "Cennetten Kovulma Motifinin Semavî Dinler İle Bazı Mitolojilerdeki (Sümer, Türk ve Yunan) Görünümü", *Türklük Bilimi Araştırmaları Dergisi*, S. 36, (2014), s. 64.

³ **Foucault**, Michel: *Hapishanenin Doğuşu*, 7. Bası, Ankara 2017, (Çev: **Kılıçbay**, Mehmet Ali, s. 101, 105.

⁴ **Giddens**, Anthony: *Modernliğin Sonuçları*, İstanbul 2018, (Çev: **Kuşdil**, Ersin), s. 18.

⁵ **Karakehya**, Hakan: "Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S. 1, (2008), s. 88; Buna karşın, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, dünyayı modernliğin ötesine götüren yeni bir sürecin başladığı da ileri sürülmektedir. Yeni bir sürecin içinde olduğumuzu ileri süren yazarların önemli bir kesimi ise, bu süreci postmodern dönem olarak adlandırmaktadırlar. Postmodern kavramının içeriği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Lyotard**, Jean François: *Postmodern Durum*, Ankara 2000, (Çev: **Çiğdem**, Ahmet), s. 144 vd.

neksel yöntemlerden tamamen farklılaşmıştır. İkinci olarak sanatta, mimaride ve kültürde bir yenileşme ve farklılaşma başlamıştır. Teknik imkânların artmasıyla birlikte daha önce hiç yapılmayan tarzda binalar yapılmış, önceden örnekleri hiç görülmeleyen sanat akımları ortaya çıkmıştır. Üçüncü unsur ise düşünsel alanda ortaya çıkmıştır. Bu dönemle birlikte akılcılık ön plana çıkmış, bilginin tek kaynağı olarak bilim kabul edilmiş ve *aydınlanma* gerçekleşmiştir⁶. Aydınlanma, modern sürecin düşünsel alandaki yansımaları oluşturur. Gerek eski çağlardaki toplumsal hayatta gerekse ortaçağ feodal toplumunda bilginin kaynağı bilimden farklı alanlar olabilmekteydi. Örneğin metafizik bir takım yöntemler, geleneksel veya dinsel inançlar toplumsal hayatta kabul gören bilgi kaynaklarıydı⁷. Özellikle dinsel bilginin Ortaçağ Avrupa'sında diğer bilgi kaynaklarına nazaran daha fazla geçerliliği ve etkinliği söz konusuydu. Modern süreçte bilimselliğin ön plana çıkartılması ve aydınlanmanın gerçekleştirilmesi, biraz da bu döneme duyulan tepkinin sonucunda olmuştur. Nitekim ortaçağ boyunca, kilise sosyal hayatın her alanında tartışılmaz, tabusal, dinsel bilgiyi hâkim kılmaya çalışmış ve bu bilgi türünü yadsıyan, yanlışılayan her türlü girişimin de, en ağır şekilde cezalandırılmasını sağlamıştır. Masumiyetin ispatı için, sanıktan yanan ateşin içindeki kaya parçasını almasının istenmesi gibi ritüellerden oluşan dayanaklılık testlerinin uygulanması⁸, bazı kimselerin içinde bulunduğu inanan şeytanın çıkarılması için onlara işkence yapılması, dünyanın düz kabul edilmesi ve buna karşı çıkanların en ağır şekilde cezalandırılmaları⁹, insan-

⁶ **Karakehya**, Hakan: “Tanzimat Sonrası Osmanlı Devletinin Kamusal Cezalandırma Sisteminde Yaşanan Değişim”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. 1, Ankara, 2015, s. 575.

⁷ İnsanlar dünyayı tanımak ve anlamak için farklı bilgi türleri kullanmaktadırlar. Thomson ve Hickey tarafından yapılan bir ayrıma göre bilgi türleri *deneyim*, *kültürel gelenek*, *inanç*, *otorite* ve *bilim* olmak üzere beşe ayrılır. Bu sınıflandırmanın ayrıntıları ve bilgi kavramına ilişkin olarak bkz. **Bozkurt**, Veysel: *Değişen Dünyada Sosyoloji*, Bursa 2007, s. 64 vd.

⁸ Bu dönemde sıklıkla akıl dışı yapılan karakter denemeleri ile ispata ulaşılmaya çalışılmıştır. İspat için sanık ve bazen sanıkla birlikte davacı çeşitli acılara maruz kalırlardı. Örneğin sanıktan, kaynar kazanın içine atılmış bir taşı, çıplak ellerini kazana sokarak alması istenirdi. İstirap veren bu tür uygulamalara katlanabilen kişiye tanrının yardım ettiği ve bu nedenle suçlu sayılmayacağı kabul edilirdi. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Feyzioğlu**, Metin: *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Ankara 2002, s. 42 vd.

⁹ Bu dönemde dünyanın düz olarak algılanması, Bourdieu tarafından eleştirilmeden ve sorgulanmadan kabul edilen en önemli ortaçağ doxalarından birisi olarak kabul edilmektedir. Doxa, Bourdieu'nun dünya ve onun içindeki yerimizle ilgili daha bilinçli düşüncelerimizi biçimlendiren, gerçekliği sorgulanmayan, bilinç-öncesi anlayışları anlatan

lığın ortaçağda yaşadığı büyük ıstıraplar olmakla birlikte, aydınlanma için uygun zemininin oluşmasını da sağlamıştır. Aydınlanmayla birlikte tabusal bilginin yerini bilim almış, bilimsel bilgi kamusal alanda ve hatta bireysel yaşamda tek etkili bilgi türü haline gelmiştir. Aydınlanma süreci, pozitif bilimin kutsallaştırılması ve insani değerlerin önüne geçirilmesi gibi olumsuz bazı sonuçları nedeniyle eleştirilebilir olsa da, genel olarak sosyal ve kültürel alanda insana bakışı değiştirmiş ve kamusal faaliyetlerin merkezine insanı koymuştur. Bu dönemle birlikte artık her insanın, nasıl bir suç işlese işlesin, nasıl bir kişiliğe sahip olursa olsun, sırf insan olma vasfı nedeniyle saygıdeğer olduğu düşüncesi hâkim olmaya başlamıştır¹⁰. Sosyal ve kültürel alandaki bu gelişmelerin, cezanın belirlenmesi ve cezalandırma sürecine ilişkin bakış açısını ve uygulamaları etkilememesi de düşünülemezdi¹¹. Nitekim modern dönemin daha başlarında suçluluğun ispatına, cezaların türüne ve infazına ilişkin büyük değişimler olmuş, insanlık adına çok önemli adımlar atılmıştır¹².

2. MODERN ÖNCESİ DÖNEM CEZALANDIRMA SİSTEMLERİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

2.1. Genel Olarak

Modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinin asli ceza türünü, bedene ve yaşama yönelik cezalar oluşturmaktaydı. İdam cezası, uzuv koparma, dayak, küreğe mahkûm etme bu cezalara örnek olarak gösterilebilir¹³. Bunun dışında mahkûmlara istisnai olarak sürgün cezası verilmekteydi. Modern öncesi dönemde mekânsal olarak bir hapishanenin varlığından söz

terimidir. **Calhoun**, Craig: “Bourdieu Sosyolojisinin Ana Hatları”, Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi, İstanbul 2007, (Çev: **Çeğin**, Güney), s. 101.

¹⁰ Kaldı ki, insan hakları kavramı, insanların sırf insan oldukları için, doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara dokunulamayacağı yolundaki temel düşüncenin bir ürünü olarak, ilk kez bu dönemde geniş kitlelerce dile getirilmeye başlanmıştır. **Kaboğlu**, İbrahim Özden: Dayanışma Hakları, Ankara 1996, s. 1.

¹¹ Tarihsel sürecin de gösterdiği üzere cezalandırma amacının ve cezalandırma metodlarının belirlenmesinde içinde bulunulan dönemin sosyal değerlerinin ve ekonomik yapısının çok önemli bir etkisi vardır. **Rusche**, Georg/**Kirscheimer**, Otto: Punishment and Social Structure, New Brunswick and London 2003, s. 3 vd.

¹² Bu noktada Toroslu'nun aydınlanmanın ceza hukuku üzerine etkileri konusundaki şu düşüncelerini aktarmak isteriz: “*Ceza hukuku bugünkü anlamıyla bilimsel niteliğe aydınlanma ile kavuşmuştur. Nitekim bu dönemde cezai kurumlara eleştirel olarak bakabilme ve tabusal bazı kurumları tartışmaya açabilme imkânı doğmuştur.*” **Toroslu**, Nevzat: “Ceza Hukukunda Okullar”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 367.

¹³ **Özbek**, s. 31.

etmek mümkün değildir. Bununla birlikte yargılaması yapılacak kişinin yargılamasına kadar, cezası infaz edilecek mahkûmun cezasının infazına kadar belirli mekânlarda kapalı tutulduğu ya da siyasi suçluların kralın emriyle şato, manastır gibi yerlerde tutulduğu bilinmektedir¹⁴. 1700'lü yıllarda genel hastane ve yardım kuruluşu adıyla hizmet veren kuruluşların da hastalara ve düşkünlere hizmet vermenin yanında Kral'ın emriyle gönderilen kimselerin kapatılmasını da sağladığı görülmektedir¹⁵.

Cezalandırma yetkisi modern öncesi dönemde dayanağını; devletin, tanrısal iradenin dünya üzerindeki temsilcisi oluşu inanişinden alırken modern dönemde toplum sözleşmesi gibi konseptlerden almaya başlamıştır¹⁶. Bu değişim aydınlanma düşüncesi ile birlikte kralın egemenliğinin meşruiyet kaynağına ilişkin inanişte gerçekleşen değişim ile ilintilidir. Nitekim aydınlanma düşüncesinin etkisi ile modern dönemde Tanrı'nın evreni yaratıp, evrenle ilgili düzeni mükemmel bir makine gibi kurarak işlemeye bıraktığı, fakat evrenin işleyişine karışmadığı inanişi hâkim olmaya başlamıştır. Bu durum egemenliklerinin kaynağını Tanrı'dan aldığına inanılan kralları etkilemiş ve toplum sözleşmesi düşüncesi yaygınlık kazanmaya başlamıştır¹⁷.

Modern öncesi cezalandırma sistemlerinde cezaların çoğunlukla mahkûmun bedenine yönelik olduğu ve ciddi düzeyde fiziksel şiddet içerdiği; mahkûmun bedenine yönelik fiziksel şiddet içeren bu cezaların bir gösteri şeklinde halkın gözü önünde infaz edildiği görülmektedir¹⁸. Modern öncesi cezalandırma sistemlerinde suçun işlenmesi ile cezanın infazı arasında çok zaman geçmemekte ve hapis cezası gibi zamana yayılan bir ceza söz konusu olmadığı için infaz da çok kısa sürede gerçekleşmekteydi. Bu durum da infazın hızlı bir biçimde ve modern dönemdekine aksine çok daha az kişiden oluşan infaz görevlileri eliyle gerçekleştirilebilmesi sonucunu doğurmaktaydı. Böylelikle modern öncesi cezalandırma sistemlerinde iyi yapılandırılmış bir infaz teşkilatına ve gözetime ihtiyaç bulunmadığı görülmektedir. Aşağıda modern öncesi kamusal cezalandırma sistemlerinin temel özellikleri, ayrı başlıklar altında, ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

¹⁴ **Artuk**, Mehmet Emin/**Alşahin**, Mehmet Emin: "Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi", Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 2015, s. 152-153.

¹⁵ **Foucault**, s. 95.

¹⁶ **Türkmen**, Metin: Modernleşme ve Hukuk: Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi ve Denetimli Serbestlik, 1. Bası, İstanbul 2018, s. 63.

¹⁷ **Küçüktaşdemir**, Özgür: "Aydınlanma ve Ceza Hukuku", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 113, (2014), s. 65.

¹⁸ **Karakehya**, Modern Cezalandırma, s. 97.

2.2. Fiziksel Şiddet İçeren Cezaların Ön Planda Olması

Foucault, Hapishanenin Doğuşu adlı eserinin başında, 2 Mart 1957'de Paris'te infaz edilen dehşet verici bir ölüm cezasını alıntılar. Mahkûm, Fransa kralına suikast düzenleyerek onu öldüren Robert François Damiens'dir. Söz konusu ceza alelade bir idam cezası değil, modern öncesi dönem cezalarının "azap çektirme" içeriğinin vücut bulmuş hali gibidir. Mahkûmun sadece ölmesi yeterli görülmemekte; bu ölüm süreci olabildiğince azap çektirilerek gerçekleştirilmektedir. Üstüne üstlük idamın infazı sürecindeki bu azap çektirmelerin Milgram Deneyi'ndeki¹⁹ gibi bir otoriteye boyun eğmeden kaynaklandığını söylemek de güçtür. Nitekim infazın nasıl gerçekleştirileceğine dair pek çok küçük ayrıntı mahkeme ilamında yer almaktaydı²⁰. İnfazın ayrıntılarının mahkeme ilamında yer alması, cezalandırmanın fiziksel şiddet içeriğinin; infaz sırasında, o anın dehşeti içinde oluşan bir gözü dönmüşlüğün sonucu olmadığının, aksine cezalandırmanın planlanmış bir unsuru olduğunun göstergesi niteliğindedir.

Modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinde bedensel acı çektirme yalnızca idam ile sınırlı kalmamaktaydı. Para cezası, damgalama ve teşhir etme gibi cezalara, suçun ağırlığıyla ilişkili olmak üzere, çoğunlukla bir azap çekme eklenmekteydi²¹. İdam cezası bile tek bir azap çektirme şeklinde gerçekleşmemekte, bu cezanın birbirinden farklı pek çok infaz şekli bulunmaktaydı. Azap çektirme yalnızca idam cezası aracılığıyla uygulan-

¹⁹ Milgram Deneyi, 1963 yılında Stanley Milgram tarafından Yale Üniversitesi'nde gerçekleştirilmiş olan bir sosyal psikoloji deneyidir. Deney kapsamında deneklere, öğrenci ya da öğretmen rollerinden birinde olacakları ve öğretmen rolünde olanların öğrenci rolünde olanlara bazı sözcük çiftlerini öğretmekle görevli olacağı belirtilmiş; fakat öğrenci rolü işbirlikçilere verilerek deneklerin tamamına öğretmen rolü verilmiştir. Deney kapsamında öğretmen rolündeki denekler, öğrencileri olduğunu düşündüğü işbirlikçileri göremeyecekleri fakat seslerini duyabilecekleri bir alana oturtulmuş ve önlerinde yer alan düğmeler vasıtasıyla; öğrenciye, kelime çiftlerini öğrenmede yaptığı her hata için belirli bir voltajda elektrik vermeleri gerektiği belirtilmiştir. Öğrencinin hata yapması durumunda verilecek elektriğin gücü 15 volttan 450 volta kadar uzanmaktadır ve öğretmenin yapılan her hatada gücü 15 volt artırarak şok vermesi beklenmektedir. Deney sırasında, denekler voltajı arttırdıkça, öğrencilerden geliyormuşçasına bağırma; bırakılmak için yalvarma ve çılgık sesleri verilmiş, fakat aynı zamanda deneklere devamlı olarak voltajı yükseltmekten başka şansları olmadığı ve öğrencilerin canı yansa da bu durumun onlarda kalıcı hasar bırakmayacağı yönünde telkinler verilmiştir. Deney sonunda deneklerin %65'inin öğrencinin bütün çılgınlıklarına rağmen, itaat duygusu altında 450 voltaja kadar çıktıkları görülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Durbin**, Jon: *Social Psychology*, 1. Bası, London 2006, s. 10, 11.

²⁰ **Foucault**, s. 33-37.

²¹ Bkz. **Özbek**, s. 30 vd.

madığı gibi yalnızca cezalandırma esnasında da uygulanmamaktaydı. Suçun ikrarı modern öncesi dönemde yargılama aşaması için önemli bir kanıt niteliğindedi ve bu nedenle işkence adı verilen azap çektirme türü de yargılama sırasında oldukça sık ve yoğun bir biçimde uygulanmaktaydı²². Bununla birlikte niteliği itibarıyla yalnızca bir soruşturma aracı değil aynı zamanda bir ceza olarak da tanımlanmaktaydı. Öyle ki idam cezasından sonra en ağır ceza olarak sayılmakta ve aynı zamanda bir soruşturma aracı olarak suçlu sabit olmayan sanığa karşı da uygulanmaktaydı²³. İşkence, suçlu itiraf etmek; suç ortaklarını ortaya çıkarmak; sanığın ifadelerindeki çelişkileri gidermek için olduğu kadar suçlunun günahlarından arınması gibi amaçlarla da uygulanmaktaydı²⁴.

Konuyu ülkemiz açısından ele alırsak, Tanzimat dönemine kadar olan süreçte Osmanlı Hukukunda da fiziksel şiddet içeren cezaların ön planda olduğu görülmektedir. Nitekim İslam Hukuku geleneğinde ve dolayısıyla Osmanlı Ceza Hukukunda, bedeni cezaların esas olması ve hapis cezasının pek bulunmaması nedeniyle, hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz edildiği yer anlamında hapishanelere pek rastlanmazdı²⁵. Bu bağlamda Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda en fazla kullanılan ceza yöntemleri idam, sürgün, teşhir ve dayaktır. En ağır ceza ise idamdır²⁶. Modernleşme hareketleri öncesi klasik dönemde fiziksel şiddetin uygulanma alanı sadece cezaların infazı değildi. Daha sanık statüsündeki kişilerin tutulduğu tutukevi şeklindeki mekânlara

²² Aydınlanma öncesi ortaçağ engizisyon muhakemesinde, sanık muhakemenin objesi olarak görülmekte ve cezai takibat karşısında genellikle savunmasız bırakılmaktaydı. Aydınlanma ile birlikte, ceza muhakemesinde yapılan reform hareketleri sonucunda, sanığın da her şeyden önce muhakemeye ilişkin haklarla donatılmış bir muhakeme süjesi olduğu kabul edilmiştir. **Roxin**, Claus: Strafverfahrensrecht, München 1998, s. 117.

²³ **Foucault**, s. 71-73, 83-85.

²⁴ **Beccaria**, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, 6. Bası, Ankara 2016, (Çev: **Selçuk**, Sami), s. 85-86.

²⁵ Bununla birlikte İslamiyet'in ilk devirlerinde suçluların geçici olarak kapatıldığı yer anlamında hapishanelerin bulunduğu bazı kaynaklarda yer verilmiştir. Hapishane olarak bilinen ilk bina Hz. Ali zamanında yapılmıştır. Daha önceleri ise, bazı evler ve mescitler kapatma yerleri olarak kullanılmaktaydı. Bahsettiğimiz bu örneklerin kurumsal anlamda hapishaneler olmadığını altını çizmek gerekir. Bu bağlamda söz konusu yerlerin hem bir tutukevi hem de cezaların infazına kadar suçluların tutuldukları ve ayrıca borçluların, borçlarını ödemeleri için hapsedildikleri yerler olarak nitelendirilmesi daha doğru olacaktır. **Demirbaş**, Timur: İnfaz Hukuku, Ankara 2008, s. 133 vd.

²⁶ **Şen**, Ömer: Osmanlı'da Mahkûm Olmak, İstanbul, 2007, s. 4; Osmanlı'da sık uygulanan prangaya vurma şeklindeki uygulama hakkında ise ayrıca bkz. **Saner**, Yasemin: "Osmanlı'nın Yüzlerce Yıl Süren Cezalandırma ve Korkutma Refleksi: Prangaya Vurma", Osmanlıda Asayiş, Suç ve Ceza, İstanbul (Tarih Belirtilmemiş), s. 163 vd.

tomrukhane denilmesi de, buralarda fiziksel şiddetin varlığını gösteren önemli bir delildir. Nitekim buralarda ağır suç işleme şüphesi altındakiler, tomruk adı verilen işkence aletiyle sorgulanarak bir süreliğine tutulurlardı²⁷.

2.3. Cezanın Odağında Hükümlünün Bedeninin Bulunması

Modern öncesi dönemde cezanın odağında hükümlünün bedeni bulunmakta, cezaların konusunu mahkûmun bedeni oluşturmaktaydı. Bedene karşı ceza yalnızca idam cezası değildi. Herhangi bir uzvun kopartılması, dayak cezası gibi ceza türleri de doğrudan mahkûmun bedenine yönelmiş cezalardı. Cezaların odağında mahkûmun bedeninin bulunmasına neden olan iki olgu olarak bedenin ekonomik açıdan önemsizliği ve ölümün alışılmışlığı önemli birer konumda karşımıza çıkmaktadır. Bu iki hususun cezaların odağına mahkûmun bedeninin alınmasına oldukça elverişli bir zemin oluşturduğu söylenebilir. Bununla birlikte ne bedenin ekonomik açıdan önemsizliği ne de ölümün alışılmışlığı modern öncesi dönemde cezanın odağında hükümlünün bedeninin bulunmasının esas nedenini oluşturmamaktaydı. Esas neden, bir sonraki bölümde ayrıntılı bir biçimde söz edeceğimiz üzere, cezalandırmanın gösteri biçiminde gerçekleştirilmesi ile ilgili idi ve daha köklü sosyal yapılarla işaret etmekteydi²⁸. Nitekim cezalandırma ile ilgili esas önemli olan husus cezalandırmanın gösteri şeklinde gerçekleşmesiydi ve mahkûmun bedeni yalnızca bu gösterinin sahnesini oluşturmaktaydı²⁹.

Modern dönemde hapsedme, küreğe mahkûm etme, zorla çalıştırma, sürgün, ikamet yasağı gibi ceza türlerinin yöneldiği obje de mahkûmun bedeni olmakla birlikte burada beden yalnızca bir aracı konumunda bulunmaktadır. Azap çektirme bizzat cezalandırmanın unsuru olmaktan çıkmış ve cezaların içeriği mahkûmun bedenine azap çektirmekten çok haklarını askıya almaya³⁰ ve bir açıdan mahkûmun ruhuna acı çektirmeye dönüşmüştür. Beden suçluyu ıslah etmenin bir aracıdır.

Modern dönem cezalandırma sistemlerinde intikam, önleme ve ıslah işlevleri bulunmaktadır. Esasında ıslahın amacı da suçların önlenmesidir ve bu nedenle cezaların ıslah işlevi, cezanın özel önleme işlevi olarak kabul edilmektedir. Modernite öncesi cezalandırma sistemleri daha çok intikam ve önleme işlevlerine odaklanmış, ıslah işlevini hiç gündeme almamıştır³¹. Bu

²⁷ Şen, s. 14.

²⁸ Foucault, s. 101-105.

²⁹ Karakehya, Modern Cezalandırma, s. 97.

³⁰ Foucault, s. 43.

³¹ Polat, Burak: İngiltere’de Cezalandırma Sisteminin Evrimi ve Sanayi Devrimi Sürecinin Bu Evrime Etkisi, Gazi Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018 s. 29.

nedenle cezaların telafi edilemeyen sonuçlarının olup olmaması önemsenmemiş ve suçlunun ıslahı gibi bir yol benimsenmemiştir.

Ortaçağda kralların bedeninin fizik varlığı kadar ruhani varlığının da önemli olduğu görülmektedir. Kralın bedenine eklenmiş bir ruhani ve ulaşılamaz boyut bulunmaktaydı. Bu boyut taç giydirme törenleri, boyun eğme törenleri, cenaze törenleri ile en üst aşamada görünür hale gelirdi. Bunun tam zıddında ise mahkûmun bedeni bulunmaktaydı. Mahkûmun bedeni kendine ait olan törensellik içerisinde kralın bedeninin simetrisini oluşturmaktaydı³². Modern öncesi dönemde cezanın odağında hükümlünün bedeninin bulunmasının nedenlerinden biri de bu simetrinin görünür kılınmasıydı.

2.4. Cezalandırmanın Gösteri Şeklinde Olması

Modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinde ceza mahkûmun bedenine yönelir ve yukarıda da söz edildiği gibi mahkûmun bedenini “ceza gösteri”sinin sahnesi olarak kullanırdı.³³ Hem idam cezalarında hem de uzuv koparma, dayak gibi diğer cezalarda, ceza bir gösteri şeklinde gerçekleştirilmekteydi.

Foucault’nun Hapishanenin Doğuşu isimli eserine başlarken yer verdiği Damien’in idam cezasının infazı esnasında, halk infazı izlemek için meydana bulunmaktadır. Cezanın infazı askeri kesimden görevliler, cellâtlar ve din adamlarından oluşan oldukça büyük bir grubun infazla ilgili çeşitli görevleri yerine getirmesiyle gerçekleştirilmektedir. İnfaz esnasında gösteri unsurunu pekiştirecek başka unsurlar da bulunmakta, mahkûmun bedeni çeşitli bölgelere altı adet ata bağlanmış olup atlar tarafından beden parçalanıncaya dek çekilmektedir.

Modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinde, yani cezanın gösteri içeriğinin onun asli bir unsuru olduğu zamanlarda, ceza infazının, rolleri tersine döndüren bir yapısı bulunmaktaydı. Azap çeken mahkûm, izleyenlerin acımasının nesnesi haline gelirken infaz kararını veren ve infazı gerçekleştiren tüm görevliler hukuka aykırılık unsuru eksik bir suçlu işler gibilerdi³⁴. Ancak bu şiddet sahnesinin içinde şu husus oldukça önem arz

³² Foucault, s. 67.

³³ Karakehya, Hakan: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazıyla Hükümlünün İslahının Sağlanması Mümkün müdür?”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, s. 1068.

³⁴ Beccaria işkence suretiyle infaz edilen fiziksel şiddete dayalı cezalar için şu tespiti yapmaktadır; “Cezaların amacı, ne duyarlı bir varlık olan insanı üzüp bunaltmaktır ne de daha önce işlenmiş olan bir suçu işlenmemişçesine yadsımak, yok saymaktır...”

etmekteydi: onca işkenceler, öfkeden gözü dönmüş ya da yukarıda söz ettiğimiz Milgram deneyindeki gibi itaatkâr bir ruh haline kapılmış uygulayıcılar yüzünden gerçekleşmemekteydi. Azap çektirme özellikle amaçlanmakta ve iktidarın bir varoluş biçimi olarak gerçekleşmekteydi³⁵. İktidarın bu varoluş anına mümkün olduğunca çok kimsenin şahitlik etmesinin gerektiği düşünülmekteydi.

Bilindiği üzere modern dönem cezalandırma sistemlerinde suç bir bireye karşı işlenebildiği gibi kamu düzenine karşı da işlenebilmektedir. Bunun yanında kişilere karşı işlenmiş suçlar dahi aynı zamanda kamu düzenini/hukuk düzenini ihlal etmektedir³⁶. Bu bağlamda modern ceza muhakemesinde suçun soruşturulması ve kovuşturulması, kural olarak şikâyete bağlı değildir³⁷. Şikâyete bağlı suçlar az sayıda ve istisnai niteliktedirler. Diğer tüm suçlar için mağdurun ya da suçtan zarar görenin şikâyeti olmaksızın, kamu düzeninin zarar görmesi gerekçesi ile re'sen soruşturmaya başlanır³⁸. Modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinde yasa koyucu hatta yasanın kendisi yalnızca Kral olduğundan bir suç kime karşı işlenmiş olursa olsun kamu düzenini/hukuk düzenini ihlal etmesi bakımından Kral'ın şahsına karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmekteydi. Cezalandırma ile amaçlanan, yalnızca Kral'ı ve onun iktidarını tanımayanların cezalandırılması değil, aynı zamanda onlardan intikam da alınmasıydı. Yine bu intikam yalnızca mağdurun ya da suçtan zarar görenin intikamı değil belki onlardan daha çok Kral'ın intikamıdır. Ceza infazı bir gösteri şeklinde gerçekleştirilerek hukuki-siyasal işlevini yerine getirmekteydi. Bu yönüyle ceza infazının gösteri şeklinde gerçekleştirilmesi caydırıcılık işlevini yerine getirmekten çok, koyduğu kurallar ihlal edilerek yara almış olan iktidarı işler hale

işkence gören mutsuz bir zavallının çılgınlıkları, daha önce işlenen eylemleri, geri dönüşmesi artık olanaksız bir zaman diliminin içinden söküp atabilir mi?" Beccaria, s. 69.

³⁵ **Foucault**, s. 41, 75, 91.

³⁶ **İçel**, Kayıhan/**Donay**, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 14-15.

³⁷ Modern ceza muhakemesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyumsuzlukların konusunu oluşturan fiillerin büyük bir bölümü, toplumsal düzeni önemli ölçüde tehdit eder niteliktedir. Bu nedenle günümüzde, özellikle Kıta Avrupa'sında, ceza davasının açılmasına ilişkin olarak *ceza davasının kamusalılığı ilkesi* geçerlidir. Bu ilkeye göre, kural olarak ceza davasını bir devlet organı olan savcı açar ve kovuşturma boyunca iddia makamını kamu adına o işgal eder. **Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Eskişehir 2019, s. 1.

³⁸ **Şahin**, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara 2018; **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, Ankara 2012, s. 62.

getirmekte ve Kral'ın suçlunun/uyruğunun bedeni üzerindeki söz hakkını görünür kılmakta idi³⁹.

Modern dönemde iktidarlar oldukça görünür hale gelmişlerdir. Birey gün içinde pek çok araç vasıtasıyla iktidar ile temas etmektedir. Modern öncesi dönemde ise birey açısından iktidarın bu kadar görünür olduğunu söylemek mümkün değildir. İktidar varlığını daha çok olağanüstü durumlarda göstermekteydi. Nitekim elinde modern dönemdeki gibi çok daha geniş alana yayılmış ve kesintisiz iktidar araçları bulunmamaktaydı. Bu nedenle iktidar varlığını göstermeye yönelik bir fırsat ortaya çıktığında bu fırsattan faydalanmalı ve bunu en etkili şekilde yapmalıydı⁴⁰. Bu açıdan bakıldığında bir suçun cezalandırılması, iktidarın varlığını uyruklarına göstermesi açısından oldukça işlevseldir. Modern öncesi dönemde işlenen her bir suçun aynı zamanda Karl'ın şahsına karşı işlendiği de göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir durumda, iktidarın ortaya çıkarak kendisini tanımayan bu fiili en şiddetli şekilde cezalandırması, kendisini görünür kılmasına da yaramaktaydı.

Modern öncesi dönemde iktidarın, bir yasanın neden gerekli olduğunu açıklama gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktaydı. Bununla birlikte iktidar, düşmanlarının kim olduğunu ve ne tür araçlarla iktidara karşı savaştığını da devamlı olarak uyruklarına göstermek durumundaydı. Yurttaşları kesintisiz bir gözetim altında tutamayan iktidar, düşmanları ile gösterişli mücadelesini devamlı yinelemeli ve bunu da tüm yurttaşlara göstermeliydi. Bir yasa ihlali, yukarıda da söz edildiği gibi, yalnızca bir yasa ihlali değildi. Yalnızca bir yasa ihlali olmadığı gibi yalnızca bir kamu düzeni/hukuk düzeni ihlali de değildi. Doğrudan iktidarın kişiliğine yönelmiş bir saldırıydı. Bu açıdan düşünüldüğünde yasa ihlali bir iç savaşa ve fail ise bir iktidar düşmanına dönüşmekteydi. İktidar o düşmanla gösterişli mücadelesini sürdürmek zorundaydı⁴¹. Modernite öncesi merkezi yönetimlerin doğal afetler, salgın hastalıklar ve uzun süren savaşlar nedeniyle kronik bir güvensizlik halinde olduğu ve bu nedenle etkili bir biçimde sosyal düzeni sağlama ve suçu önleme gibi hususlarda eksiklik yaşadığı görülmektedir. Yaşanan bu eksiklik de iktidarın suçu doğrudan kendisine yönelik bir hareket olarak kabul etmesine ve suçun karşılığı olarak şiddetli ceza tehdidini kullanmanın ötesine

³⁹ Foucault, s. 91-93.

⁴⁰ Görünür olarak insanlara gözetlendikleri hissi vermek suretiyle onların disiplinize edilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Karakehya, Hakan/Usluadam, Asena Kamer: "Neden Gözetl(en)iyoruz?", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Mayıs 2016- Akar Öcal'a Armağan), s. 194 vd.

⁴¹ Foucault, s. 104-105.

geçememesine neden olmaktadır⁴². İktidarın, düşmanları ile mücadeleye girdiğinde, düşmanlar bilhassa kendi uyrukları içinden iseler halkın yardımına; en azından onların karşı cephede olmamasına ihtiyacı vardı. Ceza infazının gösteri şeklinde gerçekleştirilmesi, halkın ne derece iktidarın yanında olduğu hususunun ölçülmesi açısından da elverişli olmaktadır⁴³.

Cezalandırmanın gösteri biçiminde gerçekleşmesi diğer bir yandan adaletin tecelli ettiği kanıtlanması işlevini üstlenmekteydi. Ceza infazı, mahkumun suçunu tekrar itiraf etmesiyle ya da etmemesiyle; hemen ölmesi ya da uzun süre can çekişmesiyle; soğukkanlılığını koruması ya da aklını yitirmesiyle; pişmanlık ve tövbekarlık ibareleri göstermesi ya da göstermesiyle suçun gerçekliği ile yargılama esnasında toplanan delillerin gerçekliğinin, kısacası suç ile ceza arasındaki bağın, halkın gözünde kurulmasını sağlamaktaydı⁴⁴.

Cezalandırmanın gösteri şeklinde halkın gözü önünde gerçekleştirilmesine karşın yargılama aşaması olabildiğince gizli, hatta öyle ki, sanıktan bile gizli bir biçimde yürütülmekteydi⁴⁵. Modern dönem cezalandırma sistemlerinde ise bunun tersi bir durum söz konusu olmuş kovuşturma aşamasının halka açık olması bir yargılama ilkesi olarak kabul edilmiş, soruşturma aşamasının gizliliği ise delillerin güvence altına alınması ve şüphelinin lekelenmemesi hakkı gibi hususlar göz önünde bulundurularak korunmuştur.⁴⁶

Osmanlı'da da ölüm cezalarının halka açık şekilde infaz edildiği görülmektedir. Bu bağlamda idam edilecek kişiler, şehrin meydanlarında ya da suçun işlendiği yerlerde idam edilerek, bedenleri halka ibret olsun anlayışı ile teşhir edilirdi⁴⁷. Dolayısıyla cezanın infazının gösteri şeklinde yapılması, sadece batıya has bir durum değildi.

⁴² Roth, Mitchel P.: An Eye For An Eye: A Global History of Crime and Punishment, London 2014, s. 109, 110.

⁴³ Foucault, s. 106.

⁴⁴ Foucault, s. 86-91.

⁴⁵ Özellikle Ortaçağ Kıta Avrupa'sında, ceza yargılamaları bakımından, engizisyon sistemi de denilen tahkik sisteminin egemen olduğu görülmektedir. Toplum menfaatlerinin korunmasına yönelik olarak yapılandırılan ve bireysel menfaatin neredeyse tamamen göz ardı edildiği bu sistemde, en önemli ve etkili makam yargılama makamıdır. Hem iddia hem de yargılama faaliyeti yürütebilen bu makam ile sanık arasında ciddi bir eşitsizlik söz konusudur. Muhakemenin her aşamasında yazılılık ve gizliliğin geçerli olması bu sistemin önemli unsurlarındandır. **Toroslu, Nevzat/Feyzioglu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s. 42 vd.

⁴⁶ **Dönmezer, Sulhi/Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (Cilt II), İstanbul 1994, s. 133, 134.

⁴⁷ **Şen**, s. 4.

2.5. İyi Yapılandırılmış Bir İnfaz Teşkilatına ve Gözetime İhtiyaç Bulunmaması

Yukarıda da söz edildiği gibi modern öncesi cezalandırma sistemlerinde suçun işlenmesi ile cezanın infazı arasında uzun bir zaman geçmekteydi. Aynı şekilde cezanın infazı da çoğunlukla uzun bir sürece yayılmamakta; bir anda infaz edilip tamamlanmaktaydı. İstisnai olarak uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, zamana yayılan ceza türleri modern öncesi cezalandırma sistemlerinde mevcut değildi.

Çok azınlıkta olmakla beraber hürriyeti bağlayıcı cezalar modern öncesi dönemde zaman zaman bir infaz türü olarak kullanılmıştır. Mahkûmlar kendi sosyal statüleri, suçlarının niteliği ve kapatılma nedenlerine göre farklı yerlere kapatılmışlardır. Bu alanlar manastırlar, şatolar, hastaneler, belediye binalarının bodrumları gibi alanlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemde uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar suçluyu ıslah etme gibi bir amaç taşımadığından mahkûmlar üzerinde gözetimin gerçekleştirilmesi ya da mahkûmun eğitim faaliyetlerine tabi tutulması gibi bir gereklilik de bulunmamaktaydı⁴⁸. Bu nedenle modern öncesi dönemde, yukarıda saydığımız kurumlarda infaz edilen hürriyeti bağlayıcı cezalar için ayrıca bir infaz personeline gerek duyulmamış, infaz süreci kurumun kendi olağan görevlerini yerine getirmekte olan personel tarafından yürütülmüştür⁴⁹.

Bu dönemde suçlu yakalanabilirse yakalanmakta, bedensel cezası infaz edilmekte ve bu ceza eğer idam cezası değilse ceza infaz edildikten sonra mahkûm salıverilmekteydi. Oldukça istisnai olarak uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalarda ise ıslah içeriği bulunmamakta, bu durum da gözetime ihtiyaç duyulmaması sonucunu ortaya çıkarmaktaydı. Nitekim ileride de ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğimiz üzere, gözetim, ıslah ve disiplinin bir ön koşuludur⁵⁰. Sayılan gerekçelerle modernite öncesi dönemde suçluların gözetimine ve dolayısıyla iyi yapılandırılmış bir infaz teşkilatına ihtiyaç duyulmadığı görülmektedir.

⁴⁸ Artuk/Alşahin, s. 151, 152.

⁴⁹ Buna karşılık modern cezalandırma sistemlerinde suçlular kapalı mekânlarda tutularak ve teknolojik imkânlar kullanılarak sürekli gözetlenmeye, terbiye edilmeye çalışılmıştır. Özellikle yakın dönem içerisinde, özel eğitilmiş, profesyonel infaz koruma memurlarının istihdamı, sürekli izleme imkânı sağlayan kamera sistemlerinin kurulması, aramaların sıklıkla yapılması ve haberleşme araçlarıyla (telefon, mektup, vs.) gerçekleştirilen iletişimin devamlı surette kontrol edilmesi gibi uygulamalarla, gözetimin boyutları üst seviyelere ulaşmıştır. Karakehya, Modern Cezalandırma, s. 103.

⁵⁰ Karakehya/Usluadam, s. 192 vd.

3. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALARIN ETKİSİNİN BATI DÜNYASINCA KEŞFİ

Modern dönemde hümanizm akımı ve sanayileşmenin etkisiyle insanın önemi artmış, insan, ruhu ve bedeniyle bir bütün olarak kabul edilmeye başlamıştır⁵¹. Bununla birlikte bilimsellik temel değer haline gelmiş, bu durum hem ceza hukukunda isnadiyet, nedensellik gibi kavramların ortaya çıkmasını sağlamış⁵² hem de yarının daha güzel olacağına ilişkin genel bir inancın oluşmasına neden olarak suçluları ıslah etme düşüncesini beraberrinde getirmiştir⁵³. Bu gelişmeler modern süreçte hapis cezalarının ortaya çıkması için gereken uygun zemini hazırlamış ve hapis cezalarının yoğun gözetim içeren ve ıslahı hedefleyen karakterini etkilemiştir. Fakat hapis cezasının kapatma boyutunu akla getiren şeyin, geçmişteki büyük kapatma örnekleri olduğunu düşünmekteyiz. Bunlardan ilki vebalıların kapatılması, ikincisi ise “efendisiz-aylaklar”ın kapatılmasıdır.

Gerçekten hürriyeti bağlayıcı cezaların etkisinin keşfinde 14. yüzyılın başlarında başlayıp ortalarına kadar devam eden veba salgınının ve bu salgına karşı yürütülen mücadele biçimlerinin önemli etkisi olmuştur. Bulaşıcı bir hastalık olan veba 14. yüzyılın başlarında bütün Avrupa’ya yayılmış ve salgının sürdüğü dönem boyunca, neden olduğu büyük korku ve çaresizlik hissiyle, dönemin sosyal yapısı üzerinde de belirleyici olmuştur. Salgının devam ettiği süreç boyunca Avrupa’da büyük bir açlık, sefalet ve karmaşa dönemi yaşanmıştır⁵⁴.

Veba salgını esnasında salgından korunmak üzere geliştirilip uygulanan sistem, kapatmayı; gözetimi; etkin bir kayıt sistemini ve raporlamayı içermesiyle bütüncül bir disiplinsel düzeneğin modeli olmuştur⁵⁵.

Veba salgını öncesinde Avrupa’da görülen bir diğer salgın olan cüzzam salgını esnasında, cüzzamlıların ahlaken düşük ve kirli insanlar olduğuna

⁵¹ Modernizm öncesinde insan bedeni dünyevi istekleri ile ruhun tekâmülü yolunda bir ayak bağı olarak görülürken modern dönemde hümanizm anlayışıyla beraber bu tekâmül sürecinin bir unsuru olarak kabul edilmeye başlanmış ve insan ruh ve bedeniyle bir bütün olarak kıymetli kabul edilmiştir. **Zekiyan**, Boğos: Hümanizm (İnsancılık) Düşünsel İçlem ve Tarihsel Kökenler, 1. Bası, İstanbul, 2005, s. 44-47. Bu duruma ek olarak sanayileşme sonucunda da insanın ve bilhassa insan bedeninin önemi artmış ve insan ekonomik işleyişin önemli bir bileşeni olarak görülmeye başlanmıştır. **Foucault**, s. 348-354.

⁵² **Küçüktaşdemir**, s. 79.

⁵³ **Karakehya**, Modern Cezalandırma, s. 97-98.

⁵⁴ **Aydın**, Erdem: Dünya ve Türk Tıp Tarihi, Ankara 2006, s. 100.

⁵⁵ **Foucault**, s. 292.

ilişkin inanın da etkisiyle, cüzzamlılar toplumdan uzaklaştırılmış, tedavi etme yoluna gidilmemiş, malları ellerinden alınmış, çarşı pazar gibi toplu ortamlara gelmeleri yasaklanmış, özel bir giysi giyerek ve ellerinde çingirakla gezmeleri şart koşulmuştur. Vebada ise karantina uygulamasına gidilmiş ve cüzzamdakinden farklı olarak hastalıkla çok daha ince bir mücadele usulü belirlenmiştir. Kente giriş çıkışlar ve hastaların kent içindeki hareketi gözetim altında tutulmuş; hastaların evleri için dahi özel bir usul belirlenerek bu usullere uyulup uyulmadığı kontrol edilmiştir⁵⁶. Bu yüzden Foucault'ya göre, cüzzam Büyük Kapatma'nın⁵⁷ örneğini teşkil eden dışlama ayinlerinin prototipini oluştururken, veba disiplinsel şemaları oluşturmuştur. Bu şemalar vasıtasıyla iktidar, varoluşun en ince ayrıntılarına kadar nüfuz edebilmektedir. İlki büyük kapatma iken, ikincisi "iyi terbiye"dir. Cüzzamlının sürgün edilmesi arınmış bir toplum siyasi idealini yansıtırken, vebalının hapsedilmesi disiplinli bir toplum siyasi idealini yansıtmaktadır⁵⁸. Cüzzamlı tedavi edilmeksizin toplumdan uzaklaştırılırken, vebalının belirli bir disipline tabi tutularak tedavi edilmeye çalışılması; modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinde suçlunun yok edilmesi ile modern dönem cezalandırma sistemlerinde suçlunun disipline tabi tutularak ıslah edilmeye çalışılması arasındaki farka karşılık gelmektedir.

Yukarıda söz edildiği üzere, veba salgını esnasında hastaların kapatılmaları hapis cezası düşüncesinin ortaya çıkmasında etkili olmuştur⁵⁹. Vebaya karşı iktidarın aldığı hareket biçimi disiplini sağlamaya yöneliktir. Bu durumda iktidar, veba gibi güçlü bir düşmana karşı birden ortaya çıkmakta ve onunla kıyasıya mücadele etmektedir. İktidar vebanın karşısında oldukça disipline edici, kuvvetli ve görünürdür. Lakin bu durum geçicidir. Veba salgını sona erdiğinde iktidarın bu hali bir nevi dayanaksız kalmış olacaktır. Modern hapishane modelinde ise iktidarın bu disipline edici, kuvvetli ve görünür hali sürekli kılınmaktadır. Foucault bu disiplin şekillerini abluka disiplin ve mekanizma disiplin olarak ifade etmekte ve modernleşme sürecinde abluka disiplinden mekanizma disipline bir akış olduğundan söz

⁵⁶ Aydın, s. 100-101.

⁵⁷ "Büyük kapatılma terimi, 17. yüzyılda aylıklık ve işsizliğin iki büyük tehlike olarak ortaya çıkmasıyla, birlikte özel mekânlara kapatılan heterojen bir kitleye göndermede bulunur." Özkazanç, Alev: "Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasallaşması," Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, Ankara 2002 (Editör: Özdek, Yasemin), s. 381. Büyük kapatılma konusunda ayrıca bkz. Merquior, Jose Guilherme: Foucault, İstanbul 1986, s. 26 vd.

⁵⁸ Foucault, s. 292-293.

⁵⁹ Karakehya/Usluadam, s. 192 vd.

etmektedir. Abluka disiplin büyük bir kötülüğü durdurmak için, zamanı askıya alarak ve iletişimleri kopararak işlemekte olup istisnaidir. Mekanizma disiplin ise istisna değil, bir kuraldır. Zamanı askıya almaz. Mekanizma disiplinin işlediği süreç boyunca zaman hep akmaktadır. Modern hapisane modeliyle iktidarın yoğunluğunun ifadesi artık kişisel olarak kral ve onun gücü değil, hiyerarşik bir ilişki içinde oluşan çoklu iktidar fiziğidir. Disiplin kurumları bu süreçte yalnızca yaygın hale gelmekle kalmamış, pek çok yapısal değişiklik de geçirmiştir. Modern öncesi dönem disiplin kurumlarının işlevi tehlikeleri önlemek iken, modern dönemde bu işleve bir yenisi eklenmiş; disiplin kurumları bireylerden edinilen faydayı artırmayı hedeflemeye başlamışlardır. Ordudan ve üretimden başlamak üzere tüm bireylerin hızı, becerileri ve verimlerinin disiplin kurumları aracılığıyla artırılmasına çalışılmaktadır⁶⁰. Disiplin kurumlarının, sürekliliği ve yaygınlığı aracılığı ile bunu yapabilmesi de mümkün görünmektedir. Disiplin kurumları yaygınlaşırken aynı zamanda kurumsallıktan da çıkmışlardır. Küçük yerleşim birimlerinde yer alan okullar, küçük hastaneler ya da sağlık merkezleri ve ibadethaneler (kiliseler) vasıtasıyla da gözetim, kayıt altına alma ve nihai olarak disipline etme sağlanmaktadır. Son olarak da disiplin kurumları devletleşmiş/dünyevileşmiştir. Disipline etme daha çok dini kurumlar aracılığı ile yapılmaktayken, modern dönemde polis örgütlenmesi disiplin kurumları arasında en önemli yeri almıştır⁶¹.

Veba salgınının disiplin şemalarını etkilediği kadar nüfus artışının getirdiği birtakım değişimlerin de hürriyeti bağlayıcı cezaların etkisinin keşfinde önemli bir yeri olmuştur. Nüfusun artması ve bunun neticesi olarak toplumsal yaşam alanlarının genişlemesi ile birlikte modern öncesi dönemin “yoğun sosyallik” zeminine dayalı güvenlik sağlama yöntemi yıkılmıştır. Herkesin birbirini tanıdığı ve karşılıklı olarak gözetlediği toplumsal yapılar çözülmüş, devamlı olarak hareket halinde olan ve bu yüzden gözetlenemeyen işsiz ve yurtsuz insanlar, 1600’lü yıllardan itibaren artan nüfusun etkisiyle, toplumsal yaşam alanlarına girmiştir. Bu insanlar “efendisiz” ve “aylak” olarak nitelenmişlerdir ve modernite öncesi toplumun güvenliği sağlama yöntemi olan gözetim şemalarının bu gruplar üzerinde uygulan-

⁶⁰ Modern zamanlarda diğer tüm sosyal alanlarda gözetimin giderek yaygınlaştığı ve sistematik hale geldiği görülmektedir. Özellikle üretim faaliyetlerinde, işçinin etkin kullanımına yönelik olarak, onun yeterince çalışıp çalışmadığı sürekli gözetlenerek, işverenin ondan en etkin faydayı sağlamasına imkân tanımaya çalışılmıştır. Bu konuda özellikle Taylorizm ve Fordizme ilişkin olarak bkz. **Lyon, David**: Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, İstanbul 1997, (Çev: **Hattatoğlu, Dilek**), s. 173 vd.

⁶¹ **Foucault**, s. 305-307.

mıyor oluşu, duruma devlet müdahalesini gerekli kılmıştır. Devlet tarafından alınan ilk önlem “efendisiz-aylak”ların damgаланması ve böylelikle gözetimlerinin daha kolay hale getirilmesi olmuştur. Fakat bu önlem yeterince işe yaramaz. Nitekim “efendisiz-aylak”lar gözetimden kaçmanın yollarını bilmekte ve bu yüzden onlar üzerinde daha kesintisiz ve daha disipline edici bir gözetime ihtiyaç bulunmaktadır. Hapishaneler, hastaneler, düşkünler için oluşturulmuş misafirhaneler bu gözetimi mümkün kılmaktadır. Radikal bir biçimde değişen toplumsal yapılar böylelikle, toplumsal denetim mekanizmasını yeniden düzenlemiştir⁶². Aylak grubun kapatılması, tam istihdam ve dolayısıyla yüksek ücretlerin mevcut olduğu dönemlerde ucuz iş gücünü, işsizliğin yükseldiği dönemlerde ise ayaklanmaları engellemektedir⁶³.

4. HÜRRIYETİ BAĞLAYICI CEZALARA GEÇİŞ SÜRECİ

Modern döneme geçiş sürecin de fiziksel şiddet içeren cezaların yerini yavaş yavaş hürriyeti bağlayıcı cezaların aldığı görülmektedir⁶⁴. Hürriyeti bağlayıcı cezalara geçiş sürecinde karşımıza çıkan önemli değişimlerden biri idamlarda giyotinin kullanılmaya başlanmasıdır⁶⁵. Bu süreçte giyotin, azap çektirmelerden farklı olarak bedene hiç dokunmadan idam infazını gerçekleştirmesi bakımından önemli bir aşama olarak değerlendirilmelidir⁶⁶. Giyotinin modernleşme sürecinde cezalandırma sistemlerinde ortaya çıkan ilk simgesel örnek olduğu kabul edilmektedir. Nitekim gerçekten giyotin yukarıda da söz edildiği gibi idam infazının bedene hiç dokunmadan ve tek bir anda gerçekleşmesini sağlamaktadır. Giyotin bu yönüyle matematiksel hesaplamalara ve sabit mekanik araçlara dayanan, yani modern dönemin bilim anlayışına uygun bir biçimde deney ve mantık yoluyla bulunmuş bir tekniktir⁶⁷.

Sonrasında zincirli mahkûmların alay yürüyüşleri, modern öncesi cezalandırma sistemlerinden modern cezalandırma sistemlerine geçişin bir özeti niteliğindedir. 19. yüzyılın başlarında halen devam eden bu alaylar ve devamında mahkûmun hapishaneye kapatılışı iki cezalandırma sistemini de içerisinde barındırır. Söz konusu faaliyet sırasında mahkûmların ayak bilek-

⁶² **Bauman**, Zygmunt: Yasa Koyucular ile Yorumcular, 4. Bası, İstanbul 2017, (Çev: **Atakay**, Kemal), s. 50-64.

⁶³ **Foucault**, s. 117.

⁶⁴ **Özbek**, s. 33.

⁶⁵ **Karakehya**, Modern Cezalandırma, s. 97.

⁶⁶ **Foucault**, s. 46.

⁶⁷ **Küçüktaşdemir**, s. 93.

lerine ve boyunlarına kelepçe takılarak bu kelepçeye bağlı zincirler vasıtasıyla mahkûmlar birbirlerine bağlanır. Alay yürüyüşü, mahkûmların birbirlerine zincirle bağlı oldukları şekilde mahkeme salonundan ya da geçici olarak tutuldukları yerden cezalarını çecekleri hapisaneye yürümelerini ifade eder. Bu uygulama, modern dönem öncesi cezalandırma sistemlerinin hem azap çektirme hem de gösteri içeriğini bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim alay yürüyüşleri sırasında halk, tıpkı modern öncesi dönemde infaz edilen idamlarda olduğu gibi, sokaklara toplanmakta ve alayı izlemektedir. Mahkûmlar alay esnasında bedeni azap çekmektedir ve yolun nihayetinde hapisaneye varacaklardır. Sonrasında, bu nakil işlemi için hapisane arabaları kullanılmaya başlamıştır. Hapisane arabası da bünyesinde azap çektirme içeriğini bulundurmaktadır. Her ne kadar hapisane arabaları mahkûma belli bir ölçüde azap çektiriyor olsa da, mahkûmun gözlerden uzak ve kapalı kapılar ardında tutuluyor olması bakımından hapisane arabası, modern dönem cezalandırma sisteminin ruhuna daha uygun görünmektedir⁶⁸.

Modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinde ceza infazının halkın önünde bir gösteri şeklinde gerçekleştiriliyor olması, her ne kadar iktidarın yinelenmesine ve gösterilmesine yarıyorsa da, aynı zamanda bilhassa adaletli olmadığı ya da aşırıya gidildiği düşünülen kararlara ilişkin olarak izleyicilerin, yani halkın, infaza ve iktidara karşı ayaklanması riskini de taşıyordu⁶⁹. Nitekim infaz anı mahkûma son bir taşkınlık zemini hazırlıyor ve iktidara karşı sert eleştirilerini dillendirmesini kolaylaştırıyordu. Seyirciler infazı azap çektirme anına şahitlik etmek için olduğu kadar iktidara karşı yükselecek sesleri duymak için de orada bulunuyorlardı. Nitekim bu husus cezalandırma sistemlerinin dönüşmesi sürecinde büyük eleştiri almış ve riskin büyüklüğü kabul edilmiştir⁷⁰.

5. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZA MERKEZLİ MODERN DÖNEM CEZALANDIRMA SİSTEMLERİNİN ÖZELLİKLERİ

5.1. Genel Olarak

Modernleşme sürecinde cezalandırma sistemleri iki süreci izleyerek değişir. Bunlardan ilki cezanın seyirlik unsurunun ortadan kalkması, ikincisi

⁶⁸ Foucault, s. 373-374.

⁶⁹ Cezalandırma seyirlik bir unsur iken, çoğu kez, vahşilik bakımından suçu aşmakta veya ona eşit olarak ortaya çıkmaktaydı. Bu durumda halka açık infaz edilen cezalar, izleyicileri vazgeçirmeyi amaçladıkları bir kıyıcılığa alıştırmakta, onlara suçların sıklığını göstermekte, cellâdı canıye, hâkimi katile benzetmek suretiyle rolleri ters yüz edebilmekteydi. Karakehya, Modern Cezalandırma, s. 98.

⁷⁰ Foucault, s. 105-113.

ise bedensel azap çektirmenin iptalidir⁷¹. Gerçekten bu süreçte cezanın infazı kapalı kapılar ardına taşınmış ve mahkûmun bedeninden çok ruhu hedeflenmeye başlanmıştır. Hürriyeti bağlayıcı cezalar esas cezalandırma haline gelmiş ve diğer ceza türleri gittikçe daha az uygulanmaya başlamıştır. Hürriyeti bağlayıcı cezalar modern öncesi dönemdeki gibi belli bir mekâna kapatılıp bırakılma şeklinde uygulanmamış, mahkûm devamlı gözetim altında tutulmuştur. Bu durum organize şekilde yapılandırılmış bir infaz sistemini gerekli kılmış ve buna ilişkin meslek grupları ortaya çıkmıştır.

Modern dönem cezalandırma sistemleri toplum sözleşmesi kavramı çerçevesinde incelenebilir. Toplumun üyeleri, tıpkı John Locke'un ya da sonrasında Jean Jacques Rousseau'nun söz ettiği gibi bir doğa durumunda ya da John Rawls'un söz ettiği gibi bir cehalet perdesi⁷² arkasında, kendisinin de suçlu olma ihtimalini göz önünde bulundurarak, hem suçların ve cezaların tanımlanmasına ilişkin yetkisini hem de cezalandırma yetkisini devlete devretmiştir. Bu açıdan bakıldığında işlenen bir suç toplumdaki tüm bireylere karşı işlenmiş olmaktadır ve her bir bireyin suçlunun cezalandırılmasına hakkı bulunmaktadır. Cezalandırma modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerindeki gibi hükümdarın intikamının alınması şeklinde değil, toplumun savunulması şeklinde meydana gelmektedir. Yine aynı şekilde cezanın amacı, modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerindeki aksine yaratıcı tarafından belirlenen suçun kefaretinin mahkûma ödetilmesi değil, aynı cinsten suçun yeniden işlenmesinin önlenmesidir. Suçun silinmesinden öte suçlunun dönüştürülmesi gibi bir amaç güdülmektedir⁷³.

Hapishaneler neredeyse ortaya çıktıkları ilk andan itibaren eleştirilmeye başlanmıştır. Bununla birlikte cezanın intikam işlevini yerine getirecek kadar acı barındırması, sorumluluk derecesine göre süre bakımından çeşitlendirilebilmesi, suçlunun ıslahının sağlanmasına olanak vermesi ve suça ilişkin unsurları toplumdaki tecrit etmesi bakımından uygulanabilecek en doğru ceza yönetimi olarak benimsenmiştir⁷⁴.

Ülkemiz açısından hapishanelerin ortaya çıkış süreci Osmanlı modernleşmesiyle başlar. Dolayısıyla Osmanlı'da modernleşmenin en belirgin baş-

⁷¹ **Karakehya**, Modern Cezalandırma, s. 97 vd.

⁷² **Locke**, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Ankara 2012, (Çev: **Bakırcı**, Fahri), s. 9; **Rousseau**, Jean Jacques: Toplum Sözleşmesi, Ankara 2005, (Çev: **İlgaz**, Turhan), s. 47-49; **Rawls**, John: Bir Adalet Teorisi, Ankara 2017, (Çev: **Coşar**, V. Ahsen), s. 163-169.

⁷³ **Foucault**, s. 148, 198.

⁷⁴ **Dönmezer/Erman**, s. 620, 621.

langıç unsuru olan Tanzimat Fermanının ilanı, kamusal cezalandırma sistemindeki değişimin de önünü açmıştır. Bu bağlamda Tanzimat, Osmanlı Devletinin toplumsal-hukuki düzeninin devlet eliyle değiştirilmesi, yeniden yapılandırılması hareketidir⁷⁵. Tanzimat'la birlikte başlatılan iktibas ve kanunlaştırma hareketleri neticesinde Türkçeye çevrilen Fransız Ceza Kanunu 1858 yılında⁷⁶. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu da çok az değişikliklerle 1879 yılında⁷⁷ Osmanlı Devleti'nin kanunları olarak kabul edilmişlerdir.

Ancak bu dönemde dini temellere dayalı olarak var olan şer'i hukuk da ortadan kaldırılmış değildir. Hukuk düzeninde görülen bu iki başlılık, şer'i hükümler arasında muhakemeye ilişkin çok fazla hüküm bulunmaması nedeniyle, ceza muhakemesi açısından pek bir sorun teşkil etmemiştir⁷⁸. Buna karşılık maddi ceza hukukuna ilişkin birçok kuralın, şer'i hükümler arasında da bulunması nedeniyle, bu iki hukuk sisteminin uyuşturulması önemli bir sorundu. Bu sorun, iktibas edilen kanunların şer'i kurallara aykırı düzenlemelerinin geçersizliğinin kabul edilmesi suretiyle çözüme kavuşturulmuştur⁷⁹. Bu şekilde gerek kaynakları gerekse yapıları itibarıyla birbirinden oldukça farklı iki sistemin uyuşturulmasından ortaya çıkan karma sistem, varlığını Osmanlı Devleti'nin yıkılışına kadar devam ettirmiştir⁸⁰.

Bununla birlikte Tanzimat sonrası dönemde, yavaş yavaş hürriyeti bağlayıcı cezalara geçiş sürecinin başladığı görülmektedir. Nitekim Tanzimat sonrası dönemde özellikle aydınlanma felsefesinin Osmanlı Devletine girişiyle birlikte, insana bakış açısı değişmiş ve cezaların daha insani olması gerektiği yolunda fikirler oluşmuştur. Dini kurallar nedeniyle, tazir suçları haricindeki suçlar için öngörülen cezalarda şiddet uygulaması devletin sonuna kadar varlığını devam ettirse de, tazir suçları için Tanzimat sonrası

⁷⁵ **Hafizoğulları**, Zeki: "Türk Ceza Hukuku'nun Seksen Yılı", Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, Ankara 2003, s. 168.

⁷⁶ **Artuk**, Mehmet Emin: "1926 Tarihli Ceza Kanununun Hazırlanışı", Gerekçeli Ceza Kanunları, İstanbul 2015 (Hazırlayan: **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner), s. 49.

⁷⁷ **Gökçen**, Ahmet: "1929 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlanışı", Gerekçeli Ceza Kanunları, İstanbul 2015, s. 353 vd.

⁷⁸ O dönemde çıkartılan Hukuk Usulü Kanunundan farklı olarak 1879 tarihli Ceza Usul Kanununa şer'i hükümler alınmamıştır. **Bozkurt**, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara 1996, s. 105.

⁷⁹ 1858 tarihli Ceza Kanununun 1. maddesinde, bu kanunun şeriata aykırı olmayıp şeriatça ulu'l emr'e ait olan tazirin derecelerini tayin ve tespit için düzenlendiği ve "ancak şer'an muayyen olan hukuk-u şahsiyeye helal gelmeyeceği" de belirtilmiştir. **Bozkurt**, s. 101.

⁸⁰ **Hafizoğulları**, s. 168 vd.

dönemde giderek daha çok artan şekilde hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmeğe başlanmıştır. Dolayısıyla Osmanlı devletinde tazir suçları kapsamındaki fiiller için cezaların belirlenmesindeki devlete (padişaha-ülülemre) ait takdir yetkisi, modernleşmeye paralel olarak daha çok hürriyeti bağlayıcı cezalar yönünde kullanılmıştır. Tazir suçlarının oldukça geniş bir alana yayıldığı göz önünde bulundurulursa, Tanzimat sonrası dönemde Osmanlı Ceza Hukukunun insani özellikler bakımından oldukça önemli bir gelişim gösterdiği söylenebilecektir. Bu dönemde oluşan fiziksel şiddet uygulamasından vazgeçilmesi şeklindeki eğilim, Cumhuriyetin ilanından sonra, idam cezasını gerektiren suçlar haricinde, hemen tüm suçlar bakımından fiziksel şiddeti teorik olarak reddeden bir ceza adaleti sisteminin de temellerini oluşturmuştur⁸¹.

5.2. Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Esas Cezalandırma Şekli Haline Gelmesi

Hapis cezasına uygulamada bir ceza olarak hükmedilmesi, ilk olarak 1588 yılında Amsterdam Ceza Mahkemesi'nin genç bir hırsız için, o dönemin hırsızlık suçlarının alışılmış cezası olan idam cezasına mahkûmiyetine karar vermeyip, devlet tarafından eğitilip iyileştirilmesine ilişkin verdiği karara dayandırılır. Devam eden yıllarda, bir suç yaptırımı olarak olmasa da dilencilerin belirli yerlerde kapatıldıkları ve çalışmaya zorlandıkları görülür. Bilhassa 17. yüzyılın ortasında savaşlar neticesinde iş gücünün azalmış olması çalışmanın kutsanmasına neden olmuştur⁸².

Bu düşünceye ek olarak diğer bir yandan modern dönemde ortaya çıkmış olan disiplinsel iktidar varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Modern dönemde hapishaneler, toplumda zaten var olan yapıların; kışlanın, okulun, atölyenin biraz daha katı bir versiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem kışla, okul ve atölyede hem de hapishanelerde disiplinsel iktidar sıkı bir zaman kullanımı ve çalışma yoluyla bedeni eğitmekte ve onu devamlı olarak izlemektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezaların kolayca kabul görmesi ve esas cezalandırma şekli haline gelme nedeninin bu husus olduğunu söyleyebiliriz. Foucault'ya göre hapishaneler en başta hukuki-ekonomik işlev ile yani hukuken hürriyetinden yoksun bırakmayı yerine getirmek üzere ortaya çıkıp sonrasında teknik-disiplinsel işlevi de üstlenmiş değildir. Hapishaneler en başından beri hukuken hürriyetinden yoksun bırakmayı sağlamak kadar

⁸¹ Karakehya, Tanzimat Sonrası, s. 580 vd.

⁸² Türkmen, s. 13.

bireyi disipline etmek ve bireyin teknik dönüşümünü sağlamakla da yükümlü olmuştur⁸³.

Modern dönemde disiplinsel iktidarın ortaya çıkması ile birlikte cezalandırma türü olarak hapis cezası dışında bir seçenek, ihtimal dışı hale gelmiştir. Hapishane hümanist ya da ıslah edici özelliğinden çok disiplinsel iktidarın hâlihazırda görev yapmakta olan kurumlarının bütünleyici bir parçası olmasından ötürü esas cezalandırma şekli haline gelmiştir. Nitekim disiplinsel iktidarın hâlihazırda görev yapmakta olan kurumları yani kiliseler, okullar ve aile gibi kurumlar devletin ideolojik aygıtını oluştururken; hapishaneler de devletin baskı aygıtını oluştururlar. Bu iki yapı birbirinin tamamlayıcısı konumundadır⁸⁴.

Bizdeki duruma gelince, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat öncesi klasik dönemde, hapishanelerin kurumsallaşması ve sayıca fazlaşması pek mümkün olmamıştır. Az sayıdaki yerler ise, genelde taziren cezalandırılan suç faillerinin cezalarının infazı amacıyla yönelik olarak faaliyet göstermişlerdir. Nitekim taziren cezalandırılan suçlarda padişah ve onun adına bu yetkiyi kullananlar, suçun nitelik ve derecesine göre cezayı belirlemekteydiler. Bu cezalar arasında ise hapis cezaları da bulunmaktaydı. Bu bağlamda tazir suçları hapis cezasının başlıca kaynağını oluşturmuşlardır. Tanzimat öncesi dönemde istisnai olarak uygulanan hapis cezalarının infazı amacıyla kullanılan yerler ise genelde kale burçları olmuştur. Karanlık, havasız ve nemli oldukları için bu yerlere Farsçada karanlık, dehşete ve sıkıntıya düşürücü yer anlamına gelen “zindan” adı verilmiştir⁸⁵. Yedikule, Babacafer ve Tersane zindanları bunların en ünlüleridir. Zindanlar genelde subaşının denetiminde olup; mahpuslara hayırseverlerin yardımıyla bakılırdı⁸⁶.

Osmanlı'da hapishaneler konusunda derli toplu çalışmalar yapan ilk padişah II. Mahmut'tur. II. Mahmut'un başlattığı çok yönlü Avrupalılaştırma çabaları içerisinde hapishaneler de yer almaktaydı⁸⁷. İnfaz sistemindeki modernleşme hareketlerinin sonucu olarak İstanbul zindanları 1831'de kaldırılmıştır. Gelişen süreçte, Sultanahmet'te Mehterhane olarak da anılan İbrahim Paşa Sarayı'nın bir kısmında hapishane-i umumi kuruldu. Ancak İstanbul

⁸³ Foucault, s. 338.

⁸⁴ Althusser, Louis: İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, 4. Bası, İstanbul 2000, (Çev: Alp, Yusuf/Özışık, Mahmut), s. 26-31.

⁸⁵ Demirbaş, Timur: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi”, Hapishane Kitabı, İstanbul 2010, s. 29.

⁸⁶ Şen, s. 6.

⁸⁷ Şen, s. 17.

dışında kale burçlarının zindan olarak kullanılmasına devam edildi. Bununla birlikte Tanzimat sonrası dönemde kabul edilen 1840 (Kanun-ı Ceza), 1851 (Kanun-ı Cedit) ve 1858 (1274 Ceza) tarihli ceza kanunları ile birlikte hürriyeti bağlayıcı cezalar da norm düzeyinde Osmanlı Devleti hukuk sistemine dâhil olmuş, fiili uygulanma miktarları da artmıştır⁸⁸.

Osmanlı Devletinde Mahpushanelerdeki olumsuz koşulların düzenlenmesine ilişkin önemli hükümlere Islahat Fermanı'nda rastlanmaktadır. Nitekim söz konusu metinde, *işkence ve eziyet ve bunlara benzer muamelelerin yapılması yasaklanıyor, bunları emreden amirlerin ve yapan memurların cezalandırılması öngörülyordu ("... mücazat-ı cismaniye ve eziyet ve işkence müşabih kaffe-i muamele dahi kamilen lağv ve iptal kılınması ve bunun hilafına vukubulacak hareket şediden men ve zecrolunacağından maada bunun icrasını emreden memurin ile bilfiil icra eyleyen kesanın dahi ceza kanunnamesi iktizasınca takdir ve tedip olunması..."*). Keza, hapishane şartlarının iyileştirilmesi ("... usûl-i hapsiyyenin mümkün mertebe müddet-i kaile zarfında islahına mübaşeret edilmesi...") isteniyordu⁸⁹.

1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun hazırlanmasından sonra, gerek kanunun infaz kurumları ile ilgili maddelerini fiiliyata geçirmek gerekse yabancı büyükelçilerin hapishanelerin kötü durumunu gerekçe göstererek kanunun kendi tabiiyetlerine uygulanmasına edecekleri itirazları engellemek amacıyla çalışmalara başlanmıştır. Bu çalışmalar kapsamında diğer görevlerinin yanında, infaz kurumlarının islahını sağlamak amacıyla Binbaşı Gordon İngiltere'den getirilerek devlet hizmetine alınmıştır. İnfaz kurumları konusunu görüşmek üzere Meclis-i Tanzimat dairesinde bir de özel meclis oluşturulmuştur⁹⁰.

Konuya ilişkin Meclis-i Tanzimat Mazbatasında, *en fazla önem verilmesi gereken konunun, bir mücrimin tevkifiyle cezasının tayinine kadar bulunduğu yerin ceza mahalli olmaması lazım geldiği ve sanığın ceza almaya bileceği göz önünde tutularak, onlara mücrim denmeyip, bu şüphelilerin farklı yerlerde tutulmaları gereği olduğu* yazılıdır. Aynı mazbatanın devamında, alan olarak küçük koşullara çok sayıda hükümlü doldurmanın, hükümlülerin tasnif edilmeksizin azılı suçlularla hafif suçluların bir arada tutulmasının, gereksiz yere mahkûmlara pranga vurulmasının sakıncaları üzerinde de durulmuştur⁹¹.

⁸⁸ Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 135 vd.

⁸⁹ Gözler, Kemal: "Islahat Fermanı", www.anayasa.gen.tr/islahatfermani.htm.

⁹⁰ Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 136.

⁹¹ Bozkurt, s. 110.

II. Abdülhamid döneminde Avrupa standartlarında bir hapisane kompleksi yapmak için defaatle girişimde bulunulduysa da ekonomik maliyetlerin fazlalığı nedeniyle, bu girişimler hep sonuçsuz kalmıştır⁹².

İttihat ve terakki iktidarları döneminde de hapisanelerin iyileştirilmesi yönünde çalışmalar yapıldığı görülmektedir. 16 Mart 1911 tarihli belgeye göre, tüm vilayetlerde yapılacak cezaevlerinin aynı tarz ve şekilde yapılması yönünde alınmış bir karar bulunmaktadır. Ayrıca bu dönemde özellikle infaz kurumu çalışanlarının nitelikleri üzerinde de durulmaya başlanmıştır. Bu bağlamda 4 Ocak 1912 tarihli çıkartılan genelgede, boşalacak hapisane müdürlüklerine sınavla biraz ceza kanunu bilen kişilerin seçilmesi, gardiyanların da okuma yazma bilen kişilerden temin edilmesi hususlarına dikkat çekilmektedir⁹³.

1916 yılında Osmanlı'da mevcut hapisanelerin düzenlenmesine yönelik nizamname raporu, o dönemde Hapishaneler ve Tevkifhaneler Umumi Müfettişi olan N. Ralhf tarafından hazırlanarak Hapishaneler Komisyonu'na sunulur. Bu raporu değerlendiren komisyon, İçişleri ve adalet bakanlıklarına görüşlerini içeren bir rapor hazırlar. Bu nizamname raporu, her ne kadar o günkü mali durum nedeniyle gerçekleştirilmesi zor hükümler içerse de; Cumhuriyet dönemine gerçekleştirilecek iyileştirmeler bakımından ilham kaynağı olmuştur⁹⁴.

5.3. Cezanın Odağında Hükümlünün Ruhunun Bulunması

Aydınlanma döneminde suçlunun bedenine acı çektirilerek günahlarından arındığı düşüncesi eleştirilmeye ve terk edilmeye başlanmıştır. Azap çektirmenin işlenmiş olan suçu geçmişten silemeyeceği ve cezanın, suçlunun diğer yurttaşlara zarar vermesini ya da diğer yurttaşların benzer eylemlerde bulunmasını engellemekten başka bir amacının olamayacağı düşünölmeye başlamıştır. Bu düşünce suçlunun ruhu ve zihni üzerinde kalıcı, bedeni üzerinde ise geçici iz bırakacak oran ve yöntemde cezaların belirlenmesi önerilerini beraberinde getirmiştir⁹⁵. Bununla beraber, yukarıda da söz edildiği gibi, ıslah ve mahkûmun yeniden sosyalleştirilmesi gibi hususlar da Aydınlanma sürecinde cezaların özel önleme işlevi bakımından üzerinde önemle durulan hususlar olmuştur⁹⁶.

⁹² Bu dönemde gerçekleştirilen çalışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, s. 31 vd.

⁹³ Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 140-141.

⁹⁴ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, s. 73 vd.- ayrıca s. 165.

⁹⁵ Beccaria, s. 69-70.

⁹⁶ İçel/Donay, s. 11,12.

Modern dönemde hapsedme, küreğe mahkûm etme, zorla çalıştırma, sürgün, ikamet yasağı gibi cezalandırmaların yöneldiği obje de mahkûmun bedeni olmakla birlikte burada beden yalnızca bir aracı konumunda bulunmaktadır. Azap çekme bizzat cezalandırmanın unsuru olmaktan çıkmış ve cezaların içeriği mahkûmun bedenine azap çektirmekten çok haklarını askıya almaya⁹⁷ ve bir açıdan mahkûmun ruhuna acı çektirmeye dönüşmüştür. Mahkûmun özgürlüğünden yoksun bırakılması ile birlikte hem ruhu acı ve elem çekmekte hem de eğitim yoluyla yeniden sosyalleştirilmektedir.

Hapis cezasını çekmek üzere hapishaneye gönderilen kişi orada iki sıfatla bulunmaktadır. Bu sıfatlardan ilki “mahkûm” sıfatıdır. Kişi hapis cezasına mahkûm edilmiştir ve cezasını çekmek üzere orada bulunmaktadır. İkinci sıfatı ise “suçlu” sıfatıdır. Daha doğru bir ifade ile kişi oraya “mahkûm” olarak girmekte ama orada “suçlu” olarak kabul edilmektedir. Mahkûm edilişi onun yalnızca bir eylemine yönelikken, suçlu oluşu ve eğitilmesi gerekliliği bütün hayatına yöneliktir. Kişinin hapishanede bulunduğu süre boyunca eğitilmesi için gerekli hayat hikâyesi bilgileri toplanır. Esasında bu bilgi toplama sürecine yargılama aşamasından başlanmıştır. Bu süreçte cezai söylem ile psikiyatrik söylem birbirine karışmakta ve bu durum gitgide “tehlikeli birey” kavramının oluşmasına olanak sağlamaktadır. Nitekim gerçekten “tehlikeli birey” kavramı aydınlanma döneminin pozitivist hukukçuları tarafından kullanılan bir kavram olmuştur. Bu teoriye göre bireyi suç işlemeye yönelten şey içinde bulunduğu genetik, biyolojik ya da psikolojik yapıdır⁹⁸. Pozitivist teorinin öne sürdüğü şekilde tehlikeli, anormal gibi sıfatlarla nitelenen mahkûmun artık bedeni değil, ruhu cezalandırılır⁹⁹.

Modernleşme sürecinde, cezalandırmada azap çektirmenin ortadan kalkması ve suçlunun insanlığına dokunulmaması açısından büyük bir eleştirel talep meydana gelmiştir¹⁰⁰. Gerçekten bedensel azap çektirme kalkmış ve insan haysiyetine daha uygun görünen, bedene dokunmayan hapis cezası esas cezalandırma şekli haline gelmiştir. Bununla birlikte hapis cezası mahkûmun insanlığına dokunmamak bir yana, bu insanlığı/ruhu doğrudan cezanın odağı haline getirip, dönüştürmeye çalışmıştır¹⁰¹.

Modernleşme ile dönüşen cezalandırma sistemlerinde idam cezası birdenbire terk edilmemiş uygulamanın terk edilişi dünya genelinde oldukça

⁹⁷ Foucault, s. 43.

⁹⁸ İçel/Donay, s. 7.

⁹⁹ Foucault, s. 364-369.

¹⁰⁰ Beccaria, s. 129-133.

¹⁰¹ Foucault, s. 127.

uzun zaman almıştır. Hâlihazırda da idam cezasını uygulayan ülkeler bulunmaktadır. Nitekim Türkiye’de de idam cezasının tümden kaldırılması 2004 yılında gerçekleşmiştir¹⁰². Bu husus göz önüne alındığında modern dönem cezalandırma sistemlerinde cezanın objesinin mahkûmun bedeni değil, ruhu olmasına ilişkin teori gerçeği yansıtmıyor gibi görünebilir. Fakat böyle olmadığının anlaşılması için modern dönem cezalandırma sistemlerindeki idam cezalarına kısa bir bakış atmak yeterli olacaktır. Yukarıda söz edildiği gibi modern öncesi dönem cezalandırma sistemlerinde idamın infazı modern dönemdeki idam cezalarına göre çok daha hızlı bir biçimde infaz edilmekte, ceza hükmü ile infaz arasında uzun bir süre bulunmamaktaydı. Modern dönem cezalandırma sistemlerinde ise ceza hükmü ile infaz arasında uzun bir zaman bulunmakta, mahkûm idam cezasının infazını hapis hanesinde beklediği süre boyunca, modern öncesi dönemdeki infazı bekleme süreçlerinin aksine, mahkûmun beslenme ve temizlik gibi ihtiyaçları karşılanmakta ve ironik de gözükse mahkûma sağlık hizmeti verilmektedir. Son olarak infaz saati gelip de mahkûm infaza götürülürken ona sakinleştirici birtakım ilaçlar enjekte edilmektedir. Modern dönem cezalandırma sistemlerinin idam cezalarının infazı sırasında çeşitli görevleri yürütmekte olan memurlar infaz sürecine mahkûmun daha az acı çekmesini sağlayıcı bir unsur olarak katılmaktadır. Bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda modern dönem idam cezaları bedenden çok hayata müdahale eden bir infaz türü olarak tanımlanabilir¹⁰³. Dolayısıyla modern dönem cezalandırma sistemlerinde idam cezasında bile beden, ruha acı çektirmenin bir aracı olarak kullanılmakta, cezanın infazı, mahkûmun ceza infazını beklediği o uzun sürenin mahkûmun ruhuna verdiği acının gölgesinde kalmaktadır.

Hapishanelerin bir cezalandırma türü olarak kullanılmaya başladığı zamanlarda kendisine yöneltilen en büyük eleştirilerden biri de mahkûmun yeterince acı çekmediği yönündedir¹⁰⁴. Bu eleştiriye göre, yoksullar beslenme ve barınma gibi ihtiyaçlarını karşılayamıyorken mahkûmların bu ihtiyaçları karşılanmaktadır. Bu eleştiriler mahkûmların diğer insanlardan daha fazla acı çekmeyi hak ettiği kabulüne işaret eder. Bu kabul bir yana

¹⁰² Ölüm cezası, hukuk düzenimizden, 21.07.2004 ve 25529 sayılı resmi gazetede yayınlanan, 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı kanunla tamamen çıkartılmıştır. Ölüm cezası ile karşılanan suçlar, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür (Bkz. 5252 s. K. m.6). **Koca**, Mahmut/Üzülmöz, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 553.

¹⁰³ **Foucault**, s. 44.

¹⁰⁴ **Karakehya**, Modern Cezalandırma, s. 98.

bırakılırsa, hapsedilerek hürriyetinden mahrum bırakılan mahkûm gerçekten acı çekmemekte midir? Hapsetme esasında bedensel açıdan pek çok mahrumiyeti de bünyesinde barındırmaktadır. Hapis cezası en başta diğer tüm hakların kullanımının ön şartı olan hareket özgürlüğünü yok etmektedir¹⁰⁵. Hapsedilen birey özgürlüğünden mahrum bırakılmakta, bir yerde kalmaya zorlanmakta, sevdiklerinden ve alışkanlıklarından ayrı düşmekte, çalışamamakta, örgün eğitime dâhil olamamakta ve bunun gibi hayatın olağan akışı içerisinde, hapis cezasına mahkûm edilmemiş olsa kolayca ulaşabileceği pek çok imkândan uzak kalmaktadır. Bu nedenle hapis cezasına mahkûm edilen bir suçlunun acı çekmiyor oluşu yönündeki eleştiri kanaatimizce yerinde değildir¹⁰⁶.

Yine de bedensel acı modern öncesi döneme kıyasla büyük ölçüde azalmıştır. Cezaların şiddetinde ve yoğunluğunda bir azalma meydana gelmiştir. Bununla birlikte işlenen suçların niteliğinde de bir dönüşüm meydana gelmeye başlamıştır ve cezaların şiddeti ve yoğunluğundaki bu azalma bir bakıma suçların niteliğindeki bu dönüşümün sonucu olarak da yorumlanabilmektedir. Özel mülkiyetin ortaya çıkması ile birlikte malvarlığına karşı işlenen suçlar üzerinde daha önemle durulmaya başlanmıştır¹⁰⁷. Kişilere karşı işlenen suçlar da yerini çoğunlukla malvarlığına karşı işlenen suçlara bırakmıştır. Bunun yanında büyük suç çeteleri de en fazla üç dört kişilik küçük suç gruplarına dönüşmektedir. Bunun nedeni suç gruplarının daha iyi gözetlenmesinden ötürü büyük gruplar olarak hareket edememesidir¹⁰⁸.

Her ne kadar suçların niteliğinde genel bir yumuşama meydana gelse de malvarlığına karşı işlenen suçlar ile ilgili yaptırımlar eskisine göre çok daha sert bir hal almıştır. Artan refah ve zenginlik malvarlığı açısından daha yoğun bir güvenlik ihtiyacını doğurmuş ve bu durum da malvarlığına karşı uygulanan suçların eskisine göre daha sert bir biçimde cezalandırılmaya başlamasına neden olmuştur. Gerçekten ekonomik sistemin değişmesi sonu-

¹⁰⁵ **Karakaş Doğan**, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 140.

¹⁰⁶ Günümüzde de cezanın baskın unsurunun, acı verici olmasından kaynaklandığını savunan görüşler bulunmaktadır. Örneğin Toroslu-Toroslu bu konudaki görüşlerini şu şekilde ifade etmektedirler; “*Ceza bir emri ihlal eden kimseye çektirilen acıyı ifade eder. Cezanın asıl karakteri, acı verici olmasıdır. Gerçekten acı vermeyen bir cezadan söz etmek, karanlık ışıktan veya soğuk ateşten bahsetmek gibidir.*” **Toroslu**, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2015, s. 409.

¹⁰⁷ **Öktem**, Niyazi/**Türkbağ**, Ahmet Ulvi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 1. Bası, İstanbul 2009, s. 269.

¹⁰⁸ **Foucault**, s. 128.

cunda malvarlığına karşı işlenen suçlarla ilgili mahkûmiyet oranlarının büyük ölçüde arttığı görülmüştür¹⁰⁹.

5.4. Cezalandırma Sürecinin Kapalı Kapılar Ardında Gerçekleşmesi

Cezanın seyirlik bir unsur olmaktan çıkışı 19. yüzyılın başlarında gerçekleşmiş ve sonlarına doğru yerleşik hale gelmiştir¹¹⁰. Cezalandırmanın bir gösteri olmaktan çıkıp kapalı kapılar ardında gerçekleştirilmeye başlanması ile şiddet artık cezanın caydırıcılık nedeni olmaktan çıkmıştır. Cezanın caydırıcılık nedeni artık önemli ölçüde kapalı kapılar ardında gerçekleştirilen infazın kaçınılmaz ve öngörülemesiz oluşudur¹¹¹. Nitekim ceza infazının kapalı kapılar ardına çekilmesiyle birlikte hiç suç işlememiş ve hiç cezaya çarptırılmamış bir insan için cezalandırma bilinmez bir alan haline gelmiştir.

Her ne kadar modern cezalandırma sistemlerinde cezaların infazı kapalı kapılar ardında gerçekleşse de, hapisanelerin kapılarının belirli günlerde vatandaşların ziyaretine açılması, ziyaretçilerin mahkûmların işlediği suç ve aldıkları ceza ile ilgili bilgi almaları gibi öneriler de ortaya çıkmıştır. Böylelikle cezaevleri ziyaretçilerin, mahkûmların mevcut durumlarını gözleyebilecekleri ibret ve ders verici bir müzeye dönüşecektir¹¹².

Modern dönemin başlarında cezalandırma sistemine karşı öne sürülen eleştiriler ve önerilerde, hapis cezaları asli cezalandırma türü olarak yer almamaktadır. Bu eleştirilerde ağırlıklı olarak, cezanın suçun doğasına olabildiğince uygun düşmesi gerektiği dile getirilmektedir¹¹³. Bu görüşlere göre, cezaların işlenen suç ile aynı türden olması gerekir¹¹⁴. Her suçun hapis cezası ile cezalandırılması ise bu hususa aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla hapis cezasının tümünden kaldırılması istenmemekte; fakat yalnızca hürriyeti tahdit suçunun cezası olarak (suçlar ve cezaların aynı türden olması gerektiği düşüncesi ile) ya da çalışmaya mahkum edilen suçlular için (bir kişinin zorla çalıştırılabilmesi için bir yerde tutulması gerekmektedir) önerilmektedir. Bununla birlikte hapis cezası bu dönemde halk üzerindeki etkiden yoksun,

¹⁰⁹ Polat, s. 68-69.

¹¹⁰ Nitekim modern dönemle birlikte cezanın infazı, adaletin mahkuma dayatmaktan haya ettiği ek bir utanç haline gelmiştir. Karakehya, Modern Cezalandırma, s. 98.

¹¹¹ Foucault, s. 41, 47.

¹¹² Foucault, s. 177.

¹¹³ Beccaria, s. 102.

¹¹⁴ "Kimi suçlar kişilere karşıdır, kimileri de malvarlıklarına. Birincilerin bedensel (cismani) cezalarla cezalandırılmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur." Beccaria, s. 105.

masraflı, mahkûmları aylaklığa alıstıran ve kesinlikle onları ıslah etmeyen, aksine yeni suçlar için eğiten bir ceza türü olarak görülmektedir. Bunlara ek olarak hapis cezalarının mahkûmları gardiyanların insafına terk ettiği ve bir kişiyi özgürlüğünden mahkum bırakarak devamlı gözetlemenin tiranca bir yaklaşım olduğuna ilişkin eleştiriler de yine hapishanelere yöneltilen eleştiriler arasındadır¹¹⁵.

Cezalandırma sürecinin kapalı kapılar ardında gerçekleşmesi pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir. Toplumda, adaletin yerine geldiğini görme beklentisi vardır. Cezanın kapalı kapılar ardında gerçekleşmesi ise içeride gerçekten ne olup bittiği konusunda şüphe uyandırmaktadır. Buna ek olarak cezanın gizlilik içinde infaz ediliyor oluşu cezaevleri içinde birer alt kültür ve uygulama alanı oluşturmakta ve kendine özgü bir hapishane modelinin meydana gelmesine neden olmaktadır. Bu doğrultuda kurumların denetimi de zorlaşmaktadır¹¹⁶.

5.5. Hükümlünün Gözetiminin Boyutlarının Giderek Artması

Modern öncesi dönemde toplumun güvenliği “yoğun sosyallik” aracılığı ile sağlanmaktaydı. Yoğun sosyallik içerisinde “öteki” devamlı gözetlenmekte ve böylece bilinir kılınmaktaydı. Bu gözetim modern dönemdeki aksine çift yönlüydü. Modern dönemde toplumsal mekânların genişlemesi ile birlikte bu yöntemin uygulanması imkânsız hale gelmiş ve gözetimin devlet eliyle ve daha ince bir teknikle gerçekleştirilmesi zorunlu hale gelmiştir¹¹⁷. Böylelikle yukarıda söz edildiği gibi, aydınlanma düşüncesi doğrultusunda, rasyonel bir toplum oluşturma amacıyla toplumun her alanına müdahale eden modern devlet müdahalede bulunamadığı alanları ise gözetlemeye başlar¹¹⁸.

Modern dönemde devlet eliyle uygulanmaya başlayan gözetim tüm kamusal alanlarda olduğu gibi hapishanelerde de önemli bir bileşen olmuştur. Modern dönem cezalandırma sistemleri suçlunun kişiliğini etkileyebilme adına onu gözetleyerek ona ilişkin bilgileri devamlı olarak toplamaktadır.

¹¹⁵ Foucault, s. 168-181.

¹¹⁶ Bahar, Halil İbrahim: “Hapishaneler, Sorunlar ve Çözüm Arayışları”, Hapishane Kitabı, İstanbul 2010 (Hazırlayan: Naskali Gürsoy, Emine/Oytun Altun, Hilal), s. 53.

¹¹⁷ Bauman, s. 52.

¹¹⁸ Karakehya, Hakan: “Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 2, (2009), s. 331.

Nitekim ıslahın etkili olabilmesi için mahkûmların tanınması ve sınıflandırılması gerektiği düşünülmektedir¹¹⁹. Gerçekten gözetimin iki temel işlevi vardır. İlkinde mahkûm gözetim aracılığı ile kontrol altında tutulmakta; ikincisinde ise mahkûmun hal ve gidişi, karakteri ve kişiliği hakkında bilgi toplanmaktadır¹²⁰.

Disiplin insani çeşitliliği düzene sokmaya yarayan tekniklerdir. Yukarıda da söz ettiğimiz gibi, disiplinsel iktidar kendisini okulda, manastırda, kışlada gösterdiği gibi hapisanede de göstermektedir. Disiplinsel iktidarın itaatkâr bedeni üretmesi ise üç aşamada olmaktadır. Bunların ilki hiyerarşik gözetimdir. Gözetlenen beden sonrasında gözetim esnasında toplanmış bilgiler doğrultusunda verilen küçük alt cezalar vasıtasıyla normalleştirici yaptırıma tabi olacak ve sonrasında sınıflandırılabilmesi için sınav vasıtasıyla ölçülecektir¹²¹.

Burada Jeremy Bentham'dan ve onun tasarladığı hapisane modeli olan Panoptikon'dan bahsetmek gerekmektedir. Bentham Faydacı Hukuk Okulu'nun kurucusu olarak kabul edilir. Faydacı Hukuk Okulu temelini hedonizmden almaktadır ve fayda ilkesine göre hareket eder. Fayda ilkesine göre hangi faydanın diğerinden üstün olduğu ve dolayısıyla tercih edileceği belirlenmeye çalışılır. Bu düşünce Faydacı Hukuk Okulu'nun doğal haklar kavramına uzak durmasına neden olmuştur. Faydacı Hukuk Okulu'na göre doğal hak diye bir kavram yoktur ve haklar birbirine tercih edilebilir. Bu okula göre hukukun ekonomik analizi mümkündür. Bentham tarafından geliştirilen Panoptikon da bu düşünceler ışığında geliştirilmiştir¹²².

Bentham, 1785 yılında hazırlamış olduğu hapisane modelinde dairesel bir hapisane tasarlar. Mahkûmların hücreleri bu büyük dairenin çeperine yerleştirilmiştir. Hapishanenin merkezinde ise gözetleyicinin kulesi bulunur. Mahkûmların hücrelerine dairenin dış çeperindeki pencereden devamlı olarak ışık gelmektedir ve böylelikle gözetleyicinin kulesinden mahkûmların hücresi devamlı olarak izlenebilmektedir. Bentham hapishanenin merkezi ile hücreler arasında bir boşluk bulunduğundan söz eder. Mahkûmlar ise birbirlerini kesinlikle görememektedirler. Mahkûmların hücrelerindeki sesler de birer metal tüp vasıtası ile gözetim kulesinden duyulabilmektedir. Gözet-

¹¹⁹ **Dönmezer/Erman**, s. 633.

¹²⁰ Bilgi toplama ve disipline etme amaçlarına yönelik gözetim türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakehya/Usluadam**, s. 189 vd.

¹²¹ **Foucault**, s. 255-284, 319.

¹²² **Küçüktaşdemir**, s. 66.

leyici, mahkûmları istediği zaman görmekte ve duymakta iken hapishanenin merkezinde bulunmasından ötürü mahkûmlar gözetleyiciyi kesinlikle duymamakta ve görememektedir. Gözetleyenin, gözetleme kulesinde olup olmadığına anlaşılamıyor oluşu mahkûmun, gözetim aralıksız olmasa da aralıksızmışçasına, her an gözetleniyor gibi davranmasına neden olmaktadır.¹²³ Böylelikle daha az gözetleyici personel ile mahkûmlar üzerinde daha fazla etki oluşturulabilmektedir. Bu anlamda panoptikonun iktidar ekonomisini sağlayan bir işlevi vardır. Malzemedi, personelden, zamandan yana tasarruf sağlarken bir yandan da sürekli hale gelmektedir.¹²⁴ Bentham'ın bu tasarımı modern dönem cezalandırma sistemlerinde gözetimin ne kadar merkezi bir rol oynadığını kanıtlar niteliktedir. Panoptikon modern iktidarı çok doğru bir biçimde temsil etmektedir. Panoptikonda gardiyanların mekândan bağımsızlığı, yani hareket serbestliği ve kolaylığı egemenliklerinin garantisini oluşturmakta; mahkûmların mekana bağımlılığı ise çok sayıda bağımlılıkları içinde en sağlamını oluşturmaktadır.¹²⁵

Modern öncesi dönemde yasadışı unsurlara belirli bir hareket alanı tanınmış gibidir. Üzerlerinde gözetim bulunmadığından kendi alanlarında özgürce hareket edebilmektedirler. Modern dönemde ise hapishane suçluların devşirilmesine olanak sağlar. Suçlu, hapishane vasıtasıyla iktidarın devamlı disipline ettiği bir unsur haline gelir.¹²⁶ Gözetimin, modern dönemde iktidar açısından bu kadar önemli bir hale gelmesinin en büyük nedenlerinden biri de şüphesiz sanayileşmedir. 18. ve 19. yüzyıllarda sapkın kitlenin hapishaneler vasıtasıyla toplumdan ayrıldığı ve buralarda sosyalleştirilerek iş gücüne katılımlarının sağlandığı ve hapishanelerin temel işlevinin de bu olduğuna ilişkin tezler öne sürülmüştür.¹²⁷

Bu noktada şu tespiti de yapmak gerekir ki; Avrupa'daki modernleşmenin bir ayağını da sanayileşme oluşturduğu ve bu nedenle insan gücüne ve emeğine ihtiyaç duyulduğu için, modern dönemin başında birçok Avrupa hapishanesinde hükümlülerin çalıştırılması zorunluluğu bulunmaktaydı. Ancak Osmanlı modernleşme hareketinin sanayileşme gibi bir ayağı bulun-

¹²³ **Bentham**, Jeremy: Panoptikon: Gözün İktidarı, 1. Bası, İstanbul 2008, (Çev: **Çoban**, Barış/**Özarlan**, Zeynep), s. 14-16.

¹²⁴ **Foucault**, s. 304.

¹²⁵ **Bauman**, Zygmunt: Akışkan Modernite, 1. Bası, İstanbul 2017, (Çev: **Çavuş**, Sinan Okan), s. 34.

¹²⁶ **Foucault**, s. 434.

¹²⁷ **Bahar**, s. 45.

madığından, II. Meşrutiyet dönemine kadar mahkûmlara çalışma zorunluluğu getirilmemiştir¹²⁸.

Hapis cezaları modern dönemin asıl ceza türü haline geldikten sonra, artık bu sistem toplum içinde yaygınlaşmaya da başlamıştır. Kimsesiz çocuklar için sığınaklar, beraat eden çocukların kaldığı ceza kolonileri, çıraklar için yurtlar gibi pek çok kurum işleyişini birer hapisane gibi sürdürmeye başlamıştır. Öyle ki bu kurumların bazılarında sadece kurum içinde çalışılmakta, dışarı hiç çıkılmamakta ya da gözetim altında çıkılmakta ve çalışma karşılığında bir ücret ödenmeyip kurumdan çıkacakları gün ödenmek üzere onların hesabına aylık belirli bir miktar ücret aktarılmaktadır. Modern dönemin ortalarına doğru hapisane yapısı yukarıda sayılanlar gibi birtakım disiplinsel düzenlemeler vasıtasıyla toplumun tamamına yayılmıştır. Böylelikle hapisanenin devamı da sağlanmaktadır. Hapishaneden çıkan suçlu sığınma evine, oradan bir hayır kurumunun atölyesine, oradan hastaneye gitmekte ve gözetimin devamlılığı sağlanmaktadır¹²⁹.

5.6. Organize Şekilde Yapılandırılmış Bir İnfaz Sistemi Oluşturulması ve Buna İlişkin Meslek Gruplarının Ortaya Çıkması

Modern dönem cezalandırma sistemleri hapis cezalarının üzerine kuruludur. Hapis cezası dışında ceza türleri oldukça istisnaidir. Hapis cezasının doğası gereği, bu cezalandırma türünde cezanın infazı belirli bir sürece yayılmaktadır. Buna ek olarak yukarıda söz edildiği gibi, mahkûmların devamlı olarak gözetilmesi, haklarında bilgi toplanması, kontrol altına alınması ve disipline edilmesi gerekmektedir¹³⁰. Tüm bu hususlar organize şekilde yapılandırılmış bir infaz sistemi oluşturulması ve buna ilişkin meslek gruplarının ortaya çıkmasını zorunlu kılmıştır. Tıpkı modern dönemde sanayide uzmanlaşmanın artması gibi pek çok alanda çok küçük ayrıntılara eskisinden çok büyük önem verilmeye başlandığı görülmektedir. İnsan bedeninin denetimi ve kullanımı da titiz bir biçimde denetim altına alınmıştır. Foucault bu durumun Hristiyanlık öğretisinde yer alan “küçük şeylerin önemi”nin laik bir biçime dönüştürülmüş hali olduğunu söyler. Bu yaklaşım aynı zamanda modern dönemde hümanizmin doğuşu için de uygun ortamı hazırlamıştır¹³¹.

¹²⁸ Bu konuda bkz. Şen, s. 7.

¹²⁹ Foucault, s. 431-434.

¹³⁰ Karakehya, Modern Cezalandırma, s. 103.

¹³¹ Foucault, s. 214-215.

Bauman'a göre, gözetim modernite öncesi toplumlar için de bir güvenlik aracı olmasına karşın modern dönemin gözetim yaklaşımından farklı olarak daha yerel düzeyde ve çift yönlü olarak uygulanmaktaydı. Bu gözetim türüne dar toplumsal alanlarda komşuların birbirini gözetlemesi örnek olarak verilebilir. Modern dönemde toplumsal alanların genişlemesi ile birlikte karşılıklı gözetim mümkün olmaktan çıkmış ve bir devlet müdahalesi gerekmiştir. Devlet müdahalesi sonucunda gözetim asimetrik hale gelmiş ve toplum gözetleyenler ile gözetlenenler olarak ikiye ayırmıştır. Bu asimetri bir uzmanlaşma zorunluluğunu da beraberinde getirmiş ve bu durum gözetim görevinin sabit gelirliliği bir meslek olarak icra edilmesi sonucunu doğurmuştur¹³².

Osmanlı'da ise Tanzimat sonrası dönemden başlayarak organize şekilde yapılandırılmış hapishane uygulamalarına geçildiği görülmektedir. Bu bağlamda Tanzimat sonrası dönemde inşa edilen pek çok hapishane, cezaların insanileşmesinin ve hürriyeti bağlayıcı cezalara geçişin delili olarak gösterilebilirler. Osmanlı devletinde Anadolu'da hizmete açılan ilk cezaevlerinden bazıları ve kuruluş tarihleri şu şekildedir: Manavgat 1852, Şırnak 1856, Vezirköprü 1870, Kastamonu 1889, Alaçam 1890, Erzurum 1900, Kınık 1907, Manyas 1910¹³³.

SONUÇ

Bugünkü anlamıyla hapishanenin doğuşu modern dönemin başlarına tekabül etmektedir. Daha önceden de cezaların infaz edildiği istisnai nitelikteki mekânlar bulunsa bile, bunlar hem nicelik hem de nitelik ve organizasyon bakımından modern hapishanenin karşılığı olan yerler değillerdi. Bu bağlamda 17. yüzyılın ikinci yarısında Avrupa'da ortaya çıkıp sonrasında tüm dünyayı etkisi altına alan ekonomik, sosyal ve kültürel değişim sürecini ifade eden modern sürecin başlangıç yılları, modern hapishanelerin doğuşuna da şahitlik etmiştir.

Her ne kadar bugünkü anlamıyla hapishane modern sürecin başlarında ortaya çıkmış olsa da cezalandırmanın tarihi, insanlığın başlangıcına kadar geriye götürülebilir. Hatta kutsal kaynaklarda insanlığın dünyadaki başlangıcının Hz. Âdem'in cezalandırılmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Kendi içerisinde farklı bölümlere ayrılabilir olsa da modern öncesi cezalandırma sistemlerinin birtakım ortak özellikleri olduğu görülmektedir.

¹³² Bauman, Yasa Koyucular, s. 61.

¹³³ Demirbaş, İnfaz Hukuku, s. 142, Daha ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Demirbaş, Cezaevlerinin Evrimi, s. 34.

Bu bağlamda modern öncesi cezalandırma sistemlerinin temel özelliklerine ilişkin şu tespitler yapılabilir;

- Fiziksel şiddet içeren cezalar ön plandadır. Nitekim bu dönemde insanları bir yere kapatmanın onları disiplinize etmedeki etkisi henüz yaygın olarak keşfedilmiş değildir.
- Cezalandırmanın odağında suçlunun bedeni bulunur. Bu husus, ceza adaleti sistemi içerisinde fiziksel şiddet içeren cezaların ön planda olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim fiziksel şiddet mahkumun bedeni üzerinde icra edilmektedir.
- Cezanın infazı seyirlik (gösteri şeklinde) bir özellik gösterir. Nitekim bu faaliyet çoğu kez halka açık olarak ve bir gösteri şeklinde gerçekleştirilir. İnsanlar tiyatro izlemeye gider gibi ailece toplanıp, mahkumun kırbaçlanmasını veya öldürülmesini izlemektedirler. Bu infaz şekliyle iktidar da halka iki temel mesaj vermektedir. Birincisi; “ben size karşı suç işleyenleri en ağır şekilde cezalandırıyor ve toplumsal düzeni koruyorum.” İkincisi ise; “siz de benzer fiiller işlerseniz, başınıza ne geleceğini görün” şeklindedir.
- Son olarak bu dönemdeki cezaların infazı zamana yayılmadığı için iyi yapılandırılmış bir infaz sistemi ve hükümlülerin gözetimi faaliyeti bulunmamaktadır. Gerçekten de fiziksel şiddet içeren cezaların infazı kısa bir zaman aralığında tamamlandığından, hükümlülerin gözetlenmesi gibi bir faaliyete ihtiyaç duyulmamıştır. Ayrıca şimdiki gibi tek bir merkezden yönetilen, her birinin başında birçok yöneticinin ve onların altında silsile şeklinde alt yöneticilerin bulunduğu bir infaz örgütü de bulunmamaktadır.

İnsanın değerinin artması ve doğuştan bir takım haklarla birlikte doğduğu düşüncesinin ortaya çıkmasının yanında, Avrupa’da yaşanan veba salgını dolayısıyla gözetimin disipline edici etkisinin batı dünyasınca keşfi, modern cezalandırma sistemlerinin oluşum sürecini başlatmıştır.

Bu geçiş sürecinin sonunda oluşan modern cezalandırma sistemlerinin temel özellikleri de şu şekilde sıralanabilir;

- Fiziksel şiddet içeren cezaların yerini hürriyeti bağlayıcı cezalar almıştır. Bu bağlamda insanlık tarihi açısından oldukça kısa bir süre içerisinde (50-100 yıllık bir zaman aralığında) Avrupa’da hapisanelerin giderek yaygınlaştığı ve hürriyeti bağlayıcı cezaların, cezalandırma sistemleri bakımından asıl ceza haline geldiği görülmektedir. Bu geçiş sürecinde, giyotinle öldürme gibi fiziksel şiddeti kısa

sürelili tutan ve fazla acı vermeyen bedene yönelik cezalar da (geçiş süreci cezaları) ortaya çıkmıştır.

- Cezanın odağında artık hükümlünün bedeni değil; bilakis ruhu bulunmaktadır. Hürriyeti bağlayıcı ceza onun bedenine değil; bilakis ruhuna acı vermektedir. Bir yere kapatılan kişinin çektiği, fiziksel bir acı değil; serbest hareket edememenin getirdiği ruhsal bir ıstıraptır.
- Ayrıca gösteri şeklinde yapılan modern öncesi döneme ait infazların yerini, kapalı kapılar ardında gerçekleştirilen bir cezalandırma yöntemi almıştır. Nitekim dışarıdakiler bakımından hapishanede neler olup bittiği, büyük oranda meçhul kalmaktadır. Devlet, artık yaptığının karşılığı olarak faili cezalandırmıyordu. En azından söylem olarak, onu ıslah edip yeniden topluma kazandırmak için böyle bir faaliyet gerçekleştirmektedir.
- Hürriyeti bağlayıcı cezalara geçişle birlikte infaz kurumunda hükümlüleri ıslah etmeye yönelik oldukça geniş çapta bir gözetim faaliyeti gerçekleştirilmeye başlanmış, gelişen teknoloji ile birlikte infaz kurumlarında gözetimin boyutları da giderek artmıştır. Son olarak organize şekilde yapılandırılmış bir hapishane ve infaz sistemi oluşturulmuş, bu sistem içerisinde de hapishanelerde görev yapan, gardiyanlık gibi özel meslek grupları ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla ortaya çıkış süreci itibarıyla gardiyanlığın da son derece modern bir meslek olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Birçok yönden eleştirilse de insanlık hala hapishanenin alternatifini bulabilmiş değildir. Bu bağlamda modern infaz sistemleri içerisinde hapishaneler hala merkezi konumlarını korumaktadırlar. Ancak gelişen teknoloji ile birlikte, elektronik kelepçe veya takip sistemleri kullanılarak, hükümlülerin kapalı mekânlar dışında gözetim altında tutularak ıslah edilmesine yönelik çalışmaların yapıldığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Althusser**, Louis: İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, 4. Bası, İstanbul, 2000 (Çev: **Alp**, Yusuf/**Özışık**, Mahmut).
- Artuk**, Mehmet Emin: “1926 Tarihli Ceza Kanununun Hazırlanışı”, Gerekçeli Ceza Kanunları, İstanbul, 2015 (Hazırlayan: **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner).
- Artuk**, Mehmet Emin/**Alşahin**, Mehmet Emin: “Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi”, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, 2015.
- Aydın**, Erdem: Dünya ve Türk Tıp Tarihi, İstanbul, 2006.
- Bahar**, Halil İbrahim: “Hapishaneler, Sorunlar ve Çözüm Arayışları”, Hapishane Kitabı, İstanbul, 2010 (Hazırlayan: **Naskali Gürsoy**, Emine/**Oytun Altun**, Hilal).
- Bauman**, Zygmunt: Akışkan Modernite, 1. Bası, İstanbul, 2017 (Çev: **Çavuş**, Sinan Okan).
- Bauman**, Zygmunt: Yasa Koyucular ile Yorumcular, 4. Bası, İstanbul, 2017 (Anılış: Yasa Koyucular) (Çev: **Atakay**, Kemal).
- Beccaria**, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, 6. Bası, Ankara, 2016 (Çev: **Selçuk**, Sami).
- Bentham**, Jeremy: Panoptikon: Gözün İktidarı, 1. Bası, İstanbul, 2008 (Çev: **Çoban**, Barış/**Özarlan**, Zeynep).
- Bozkurt**, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Ankara, 1996.
- Bozkurt**, Veysel: Değişen Dünyada Sosyoloji, Bursa, 2007.
- Calhoun**, Craig: “Bourdieu Sosyolojisinin Ana Hatları”, Ocak ve Zanaat-Pierre Bourdieu Derlemesi, İstanbul, 2007 (Çev: **Çeğin**, Güney).
- Daştan**, Nihagül: “Cennetten Kovulma Motifinin Semavi Dinler ile Bazı Mitolojilerdeki (Sümer, Türk ve Yunan) Görünümü”, Türklük Bilimi Araştırmaları Dergisi, S. 36 (2014), 61-81.
- Demirbaş**, Timur: İnfaz Hukuku, Ankara, 2008.
- Demirbaş**, Timur: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi”, Hapishane Kitabı, İstanbul, 2010 (Anılış: Cezaevlerinin Evrimi).
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (Cilt II), İstanbul, 1994.
- Durbin**, Jon: Social Psychology, London, 2006.

- Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002.
- Foucault**, Michel: Hapishanenin Doğuşu, Ankara, 2017 (Çev: **Kılıçbay**, Mehmet Ali).
- Giddens**, Anthony: Modernliğin Sonuçları, İstanbul, 2018 (Çev: **Kuşdil**, Ersin).
- Gökçen**, Ahmet: “1929 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Hazırlanışı”, Gerekçeli Ceza Kanunları, İstanbul, 2015 (Hazırlayan: **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner).
- Gözler**, Kemal: “İslahat Fermanı”, www.anayasa.gen.tr/islahatfermani.htm.
- Hafizoğulları**, Zeki: “Türk Ceza Hukuku'nun Seksen Yılı”, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, Ankara, 2003.
- İçel**, Kayıhan/**Donay**, Süheyl: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 5. Bası, İstanbul, 2006.
- Kaboğlu**, İbrahim Özden: Dayanışma Hakları, Ankara, 1996.
- Karakaş Doğan**, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul, 2009.
- Karakehya**, Hakan: “Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S. 1 (2008), 87-108 (Anılış: Modern Cezalandırma).
- Karakehya**, Hakan: “Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 2 (2009), 319-358.
- Karakehya**, Hakan: “Tanzimat Sonrası Osmanlı Devletinin Kamusal Cezalandırma Sisteminde Yaşanan Değişim”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C. 1, Ankara, 2015 (Anılış: Tanzimat Sonrası).
- Karakehya**, Hakan: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazıyla Hükümlünün İslahının Sağlanması Mümkün Müdür?”, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara, 2018.
- Karakehya**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Eskişehir, 2019.
- Karakehya**, Hakan/**Usluadam**, Asena Kamer: “Neden Gözetli(en)iyoruz?”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2016- Akar Öcal'a Armağan), 187-200.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

- Küçüktaşdemir**, Özgür: “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 113 (2014), 57-98.
- Locke**, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Ankara, 2012 (Çev: **Bakırcı**, Fahri).
- Lyon**, David: Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, İstanbul, 1997 (Çev: **Hattatoğlu**, Dilek).
- Lytard**, Jean François: Postmodern Durum, Ankara, 2000 (Çev: **Çiğdem**, Ahmet).
- Merquior**, Jose Guilherme: Foucault, İstanbul, 1986.
- Öktem**, Niyazi/**Türkbağ**, Ahmet Ulvi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 1. Bası, İstanbul, 2009.
- Özkazanç**, Alev: “Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasallaşması”, Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, Ankara, 2002 (Editör: **Özdek**, Yasemin).
- Özbek**, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Polat**, Burak: İngiltere’de Cezalandırma Sisteminin Evrimi ve Sanayi Devrimi Sürecinin Bu Evrime Etkisi, Gazi Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.
- Rawls**, John: Bir Adalet Teorisi, , Ankara, 2017 (Çev. **Coşar**, V. Ahsen).
- Roth**, Mitchel P.: An Eye For An Eye: A Global History of Crime and Punishment, London, 2014.
- Rousseau**, Jean Jacques: Toplum Sözleşmesi, Ankara, 2005 (Çev: **İlgaz**, Turhan).
- Roxin**, Claus: Strafverfahrensrecht, München, 1998.
- Rusche**, Georg/**Kirscheimer**, Otto: Punishment and Soical Structrue, New Brunswick and London, 2003.
- Saner**, Yasemin: “Osmanlının Yüzlerce Yıl Süren Cezalandırma ve Korkutma Refleksi: Prangaya Vurma”, Osmanlıda Asayiş, Suç ve Ceza, İstanbul (Tarih Belirtilmemiş).
- Şahin**, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara, 2018.
- Şen**, Ömer: Osmanlı’da Mahkum Olmak, İstanbul, 2017.
- Toroslul**, Nevzat: “Ceza Hukukunda Okullar”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998.
- Toroslul**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2015.

Toroslu, Nevzat/**Toroslu**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2015.

Türkmen, Metin: Modernleşme ve Hukuk: Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi ve Denetimli Serbestlik, 1. Bası, İstanbul, 2018.

Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2012.

Zekiyan, Boğos: Hümanizm (İnsancılık) Düşünsel İçlem ve Tarihsel Kökenler, 1. Bası, İstanbul, 2005.

Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran-ı Kerim Meali, Diyanet İşleri Başkanlığı : (<https://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf/kuran-meal-2/araf-suresi-7/ayet-24/diyanet-isleri-baskanligi-meali-1> , erişim: 10.07.2019)

Kitab-ı Muakkdes Şirketi: Kutsal Kitap, Kitab-ı Mukaddes Şirketi Web Sitesi: (<https://www.kitabimukaddes.com/kutsal-kitap-hakkinda-bilgilendirme-ve-tam-metni/eski-antlasma/yaratilis> , erişim: 10.07.2019)

LAHEY ÇOCUK KAÇIRMA SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ONLINE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLETİLMESİ MÜMKÜN MÜDÜR?

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899962>

Doç. Dr. Ali Gümrah TOKER*

Öz

Uluslararası çocuk kaçırmanın çocuk üzerinde yarattığı olumsuz etkileri azaltmak amacıyla akdedilen “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesine” ya da uygulama bilinen diğer adıyla “Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesine” Türkiye de dâhil olmak üzere 101 ülke taraftır. Bu Sözleşmenin temel amacı, çocuğu, uluslararası alanda, kanuna aykırı bir yer değiştirmenin zararlı etkilerinden korumaktır. Sözleşme hükümleri ile çocuğun mutad meskeni devletine derhal dönüşünü teminat altına almak için usuller tespit edilmiş ve ziyaret hakkı sahibinin bu hakkı korunmuştur. Sözleşme uyarınca taraf devletler, ülkelerinin sınırları içinde Sözleşmenin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri alırlar. Bu amaçla 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun ile Sözleşmenin uygulanması, Türk iç hukukuna aktarılmıştır.

Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamına giren uyuşmazlıkların dostane çözüm ile sonuçlandırılması önerilmektedir. Sözleşme, çocuğun tesliminin veya ziyaret hakkının tesisinin rıza ile yapılmasını tercih etmektedir. Sözleşmenin 7. maddesinin (c) bendinde ve 10. maddesinde dostane çözümün uygulanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. 5717 sayılı Kanunun 5. maddesinin (b) bendinde ve 8. maddesinde de bu konu düzenlenmiştir. Sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuğa, bu hükümler uyarınca başvurulabilir. Çalışmamızda yüz yüze arabuluculuğun doğurduğu sorunların çözümü için önerilen arabuluculuk sürecinin online iletişim araçları ile işletilmesi hakkında bilgi verilecek ve bu sürecin Sözleşme kapsamında uygulanıp uygulanamayacağı hususunda açıklamalarda bulunulacaktır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: gumrah.toker@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3413-8529> (Makalenin Geliş Tarihi: 01.02.2021) (Makale Gönderilme Tarihi: 03.02.2021/Makale Kabul Tarihi: 13.03.2021)

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Çocuk Kaçırma, Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, İyi Uygulama Kılavuzu, Online Uyuşmazlık Çözümü

IS IT POSSIBLE TO OPERATE THE MEDIATION PROCESS WITH ONLINE COMMUNICATION TOOLS UNDER THE HAGUE CHILD ABDUCTION CONVENTION?**Abstract**

The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, also known as The Hague Child Abduction Convention, concluded to reduce negative effects on child caused by international child abduction, 101 Contracting States to this Convention including Turkey. The main aim of the Convention is to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention. By the rules of the Convention, procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence were established and protection for rights of Access was secured. According to the Convention, contracting States shall take all appropriate measures to secure within their territories the implementation of the objects of the Convention. For this purpose, with The Law on the Civil Aspects and Scope of the International Child Abduction (No. 5717), implementation of the Convention has been transferred to Turkish domestic law.

It is recommended that the disputes within the scope of the The Hague Child Abduction Convention be ended by an amicable resolution. The Convention prefers to secure the return of the child or to secure the effective exercise of rights of access by voluntarily. The provisions regarding the implementation of an amicable resolution are included in the clause (c) of article 7 and article 10 of the Convention. This issue is regulated in (b) of article 5 and article 8 of the Law No. 5717. In accordance with these provisions, mediation may be applied for the resolution of disputes under the Convention. In the article, information will be given about operating the mediation process with online communication tools which is proposed to solve the problems caused by face-to-face mediation, and it will be explained whether this process is possible within the scope of the Convention.

Keywords

International Parental Child Abduction, Mediation, Alternative Disputes Resolution, Guide to Good Practice, Online Dispute Resolution

GİRİŞ

Bilim ve teknikte yer alan gelişmeler zaman ve mekân sınırlamalarının ortadan kalkmasını sağlayan yeni imkânları doğurmuş buna bağlı olarak da kişilerin, malların ve sermayenin ülkeler arasında dolaşımıyla birlikte ekonomik ve sosyal ilişkiler hızla gelişmiştir. Küreselleşme ile insanlar arasında artan iletişime ve ilişkilere bağlı olarak yaşanan uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların sayısı da artmıştır.

Millî hukuklarda olduğu gibi uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak akla gelen ilk yol, devlet mahkemeleri aracılığı ile uyuşmazlıkların çözülmesidir. Bunun dışında farklı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin de kullanılabileceğinin göz önünde tutulması ve gün geçtikçe de bunun bir gereklilik haline gelebileceği hususu dikkate alınmalıdır. Toplumlar arası ekonomik ve sosyal ilişkilerin artması, teknolojik gelişmeler neticesinde iletişimin ve ülkeler arası seyahatin kolaylaşması ile ortaya çıkan uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların geleneksel yöntemler dışında farklı yöntemler ile çözülebilmesi mümkün hale gelmiştir. Alternatif çözüm yöntemleri ve bu çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk gün geçtikçe önemini arttırmaktadır.

Türkiye'nin de taraf olduğu "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi"¹ uluslararası alanda çocuğu, hukuka aykırı yer değiştirmenin zararlı etkilerinden korumayı ve yaşadığı yere derhal dönüşünü teminat altına almak için usulleri tespit eden ve ziyaret hakkının korunmasını sağlayan en kapsamlı uluslararası düzenleme olarak kabul edilmektedir. Sözleşme hükümleri incelendiğinde Sözleşmenin kapsamına giren uyuşmazlıkların "*dostane çözüm*" ile sonuçlandırılması önerilmektedir. Bu sayede Sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk kurumunun uygulanması Türk Hukuku bakımından da mümkün kılınmıştır. Sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulması milletlerarası alanda da teşvik edilmektedir. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu, Sözleşme ile uyumlu bir arabuluculuk sürecinin tesisi için 2012 yılında "*İyi Uygulama Kılavuzunu*"² oluşturulmuştur. Kılavuz, ebeveynler arasındaki uyuşmazlığın

¹ 1980 yılında Lahey'de imzalanan "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi" Türkiye adına 21.01.1998 tarihinde imzalanmış 3.11.1999 gün ve 4461 sayılı Kanun ile onaylanmış, 23965 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG. 15.02.2000-23965.

² **HCCH**: "Part V-Mediation", Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction

sonlandırılması için arabuluculuğun kullanılmasını önermekte ve arabuluculuk sürecine ilişkin iyi uygulamaları teşvik etmektedir³.

Uluslararası çocuk kaçırmaları kapsamında arabuluculuk müzakerelerinin online iletişim araçları ile yürütülmesinin yararları günümüzde artmaktadır. Özellikle Yeni Koronavirüs Hastalığının (COVID-19) “Pandemi” olarak kabul edilmesi ve ülkeler bazında çeşitli tedbirler alınması, aynı ortamda gerçekleştirilen yüz yüze arabuluculuk uygulamaları önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Ayrıca çocuk kaçırma uyuşmazlıklarının “aile içi şiddet” unsuru içerdiği durumlarda müzakerelerin aynı ortamda yüz yüze gerçekleştirilebilmesi, hem eşitlik ilkesinin tesisi konusunda şüphe uyandıracak hem de ciddi güvenlik sorunlarına yol açabilecektir. Tarafları aynı ortamda buluşturmanın mümkün olmadığı bu gibi hâllerde müzakerelerin online yürütülmesi önemli bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Sözleşme kapsamına giren çocuk kaçırma vakalarına dayanan uyuşmazlıkların çözümü anlamında arabuluculuk sürecinin online iletişim araçları ile işletilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Arabuluculuk müzakerelerinin online iletişim araçları veya online arabuluculuk⁴ ile yürütülmesinin yararları olduğu gibi bazı sıkıntıları da beraberinde getirdiği aşikârdır.

Online arabuluculuk süreci, arabuluculuk oturumlarının yüz yüze yapılmasından kaynaklanan sorunların çözümünde önemli katkı sağlamaktadır. Yüz yüze arabuluculuk sürecinden doğabilecek süre, masraf, iletişim sorunları, tarafların aynı ortamda bir araya getirilmesine yönelik güçlükler ve aile içi şiddet iddiaları gibi sorunlar, online arabuluculuk yöntemi ile çözülebi-

<<https://assets.hcch.net/docs/d09b5e94-64b4-4afe-8ee1-ab97c98daa33.pdf>> (Erişim: Ocak 2021); Türkçe metni için bkz. HCCH: “V. Kısım-Arabuluculuk”, Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukukî Veçhelerine dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında İyi Uygulama Kılavuzu-Arabuluculuk <<http://www.arbuluculuk.adalet.gov.tr/uluslararasıcocuk/trguide.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).

³ Günümüzde Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında arabuluculuk faaliyetlerinin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Örneğin, Fransa’da 2015 yılı itibarıyla Sözleşme kapsamında 15 taraf devletten 29 başvuru yapılmış, bu başvurulardan 24’ü o yıl itibarıyla sonuçlandırılmıştır. Bu başvurulardan 8’i ise annenin ziyaret hakkına saygı duyduğunun ispatlanması veya tarafların arabuluculuk sürecini başlatması ile sonuçlandırılmıştır. Bkz. The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017, “Part III-A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - National reports”, s. 81 p. 290 <<https://assets.hcch.net/docs/6ca61ff3-5ca6-4fbc-a79a-cb6e7485f4b0.pdf>> (Erişim: Mart 2021).

⁴ Çalışmanın akıcı olarak ilerleyebilmesi adına “arbuluculuk sürecinin online iletişim araçları ile işletilmesi süreci”, kısaca “online arabuluculuk” olarak adlandırılmıştır.

lecektir. Buna karşı teknolojinin ebeveynlerce kullanımının her zaman mümkün olmaması, teknolojinin kullanılmasından doğan iletişim güçlüğü, gizlilik ve eşitlik ilkesinin korunmasına yönelik endişeler online arabuluculuğun uygulanmasına engel teşkil etmektedir.

Bu çalışmada, arabuluculuk kurumunun Sözleşme anlamında önemini ve uygulanabildiğini belirlemek adına öncelikle Sözleşme'nin amaç ve kapsamı üzerinde durulacaktır. Daha sonra sırasıyla arabuluculuk kavramı, arabuluculuğun temel ilkeleri ve Sözleşme kapsamında arabuluculuk faaliyetleri ile ilgili genel açıklamalar yapılacaktır. Online arabuluculuk sürecinin sağlayacağı yararların ve bu süreç nedeniyle duyulabilecek endişelerin ortaya konulmasından sonra aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde sık tercih edilen dostane çözüm araçlarından biri olan arabuluculuk sürecinin, Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında online olarak yürütülüp yürütülemeyeceği konusunda değerlendirmede bulunulacak, konu ile ilgili görüşümüz açıklanacak ve sonuca varılacaktır.

I. SÖZLEŞMENİN AMAÇ VE KAPSAMI

Teknolojinin gelişmesine bağlı olarak ülkelerarası seyahatin kolaylaşması, ekonomik bütünleşme ve toplumlararası sosyal ilişkilerin artması ile farkı vatandaşlığa tâbi kişilerin evlilik ilişkisi kurma veya birliktelik yaşama oranını arttırmıştır. Bunun doğal bir sonucu olarak yabancı unsurlu boşanma veya ayrılık oranları da artış göstermiştir. Evlilik ilişkisi veya birlikteliği sıkıntılı bir duruma düştüğünde veya bitirmek istediğinde ebeveynler, müşterek çocuğu sadece kendi çocuğu olarak kabul edebilirler. Müşterek çocuğun sadece kendisiyle beraber kalması amacıyla çocuğu, mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye kaçırabilecekleri gibi mutad meskeninin bulunduğu ülkeye geri dönmemesi için alıkoyabilirler. Çocukların kaçırılması ya da alıkonulması fiillerin altında çocuğa karşı duyulan aşırı sevgi, bir daha onu görememe korkusu, bencillik, diğer ebeveyne duyduğu kin ve intikam duygusu, kendini ve/veya çocuğu diğer eşin şiddetinden korumak gibi çeşitli nedenler yatmaktadır⁵.

⁵ Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin toplantılarda belirtilen veriler incelendiğinde çocuk kaçırılmalarının genellikle anneler tarafından gerçekleştirildiğini ve zamanla da bu oranın arttığı görülmektedir. 1999 yılında çocuk kaçırma olaylarının %69'u, 2003 yılında %68'i, 2008 yılında %68'i anneler tarafından gerçekleştirilmiştir. 2015 yılında ise bu oran iyice artmış çocuk kaçırma olaylarının %73'ü anneler tarafından, %24'ü babalar tarafından ve %3'ü ise yakın akrabalar, diğer kişi ve kurumlar tarafından gerçekleştirilmiştir. Bkz. The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child

Çocuğun yaşadığı yani mutad meskeninin⁶ bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye kaçırılması ya da alıkonması, onun daha önce hiç görmediği bir ülkede ve kültürde yaşamak zorunda kalmasına neden olmaktadır. Kaçırılma ya da alıkonma nedeniyle çocuğun hayatına gelen belirsizlik ve istikrarsızlık onu derinden etkileyebilmektedir. Ayrıca çocuğun, diğer ebeveyninden -çocuklukla da zor kullanılarak- ayrılması onda psikolojik zarar oluşma ihtimâlini da artmaktadır. Çocuğun yerinin değiştirilmesi ile ortaya çıkabilecek zararlı etkiden onu koruyabilmek için uluslararası alanda çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalar neticesinde çocuğun yaşadığı ülkeye ivedi iadesini sağlamak, kaçırma ya da alıkoyma fiilinin onda yaratabileceği zararlı etkiyi ortadan kaldırmak için tüm hukuk sistemlerince kabul edilebilecek bir düzenlemenin yapılması konusunda iş birliği sağlanmıştır. “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi”, 24 Ekim 1980’de Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansının On dördüncü toplantısında üye devletlerin imzasına açılmış ve bu oturumda hazır bulunan bütün devletlerin oybirliği ile kabul edilmiş, 1.12.1983 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir⁷. Türkiye, Sözleşmeye taraftır⁸. Sözleşmenin uygulanmasını

Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention-October 2017, “Part I - A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Global report”, <<https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>>, s. 3 (Erişim: Ocak 2021).

- ⁶ Pérez-Vera Açıklayıcı Raporu’nda mutad mesken kavramı şu şekilde ifade edilmiştir: “Lahey Konferansında kabul gören bu kavram, fiilî bir durumu ifade etmekte, bu onu yerleşim yerinden ayırmaktadır”. Bkz. **Pérez-Vera**, Elisa: Explanatory Report, Hague Conference on Private International Law, s. 445 <<https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>> (Erişim: Ocak 2021); Sözleşme anlamında mutad mesken kavramı için ayrıca bkz. **Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, Beta, İstanbul 2017, s. 123; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk 16. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 307-309; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 40-42.; **Akıncı**, Ziya/**Demir-Gökyayla**, Cemile: Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 216-217; **Giray**, Faruk K.: Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi, Beta, İstanbul 2010, s. 74 vd.; **Arslan**, İlyas: Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha, İstanbul 2014. s. 111 vd.; **Bozdağ**, Gonca G.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Yetkin, Ankara 2014, s. 81 vd.; **Toker**, Gümrah A.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- ⁷ **Pérez-Vera**, s. 426 dn. 1.

sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenlemek amacıyla Türk Hukukunda 5717 sayılı “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanun”⁹ 22 Kasım 2007 tarihinde kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir.

Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi, çocuğun yaşadığı yerden yani mutad meskeninden başka bir ülkeye hukuka aykırı olarak götürülmesi/kaçırılması veya mutad meskeninden başka bir ülkede alıkonulması hâllerinde ortaya çıkabilecek zararlı etkilerinden korunabilmesini amaçlamaktadır. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlete ivedi iadesinin sağlanması yolu ile bu amacın gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle buna ilişkin hükümler tesis etmiş; ayrıca taraf bir devlette koruma veya ziyaret hakkına sahip kişinin bu haklarının diğer taraf devlette de korunması amaçlamıştır (m. 1)¹⁰. Sözleşmede yer alan hükümlerin uygulanması ile çocuğun sosyal ve kültürel bağlarının olduğu mutad mesken ülkesine ivedi iadesi sağlanacak ve çocuğun kaçırılmasından önceki mevcut durum yeniden tesis edilecektir. Bu yolla, çocuğun zararlı etkiye maruz kalması en az safhaya indirilecek ve çocuğun üstün menfaati korunacaktır¹¹. İadenin ivedi olmasını dikkate alan Sözleşme, yaşanabilecek olası gecikmelerin çocukta yaratacağı zararlı etkileri bertaraf edebilmek için getirdiği hükümlerle (Sözl. m. 2 ve m. 11) taraf devletlere ivedilikle hareket etme yükümlülüğünü açıkça getirmiştir. Bu nedenlerle, uluslararası anlamda hukuka aykırı olarak çocukların yerinin değiştirilmesi/kaçırılması veya alıkonulması olaylarının önüne geçilmesi

⁸ Sözleşmeye Ocak 2021 tarihi itibarıyla 101 ülke taraftır. Taraf ülke listesi için bkz. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>> (Erişim: Ocak 2021).

⁹ RG. 04.12.2007-26720.

¹⁰ Sözleşmede yer alan koruma hakkının karşılığı Türk hukukunda velâyet hakkıdır. Ancak Türk hukukunda velâyet hakkının kapsamı, Sözleşme anlamında koruma hakkının kapsamına oranla daha geniştir. Ziyaret hakkı ise Türk hukukunda kişisel ilişki kurma hakkı olarak ifade edilmektedir. Kavramlar hakkında bkz. **Pérez-Vera**, s. 451 p. 83 vd; **Öztekin-Gelgel**, Günseli: “Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, Güz 2005/2, s. 131 vd; **Ataman-Figanmeşe**, İnci: “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK’a Armağan, İ.Ü Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999, s. 64 vd.; **Altuntaş**, İlknur: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Bilge Basım Yayım, Ankara 2006, s. 16 vd.; **Aytaç**, Mehlika: “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı, Y. 96, Eylül 2004, S. 20, s. 38 vd; **Bozdağ**, Red Nedenleri, s. 84 vd; **Toker**, s. 50 vd.

¹¹ **Pérez-Vera**, s. 428 p. 11.

amacıyla Sözleşme ile önemli düzenlemeler getirildiği sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Çocuğun mutad meskenin bulunduğu devletin hukuku, onun hukuka aykırı olarak götürülüp götürülmediğini veya alıkonulup konulmadığını tespit edecek hukuktur. Sözleşme, maddi hukuka ilişkin düzenlemelere bilinçli olarak yer vermemiş; koruma hakkının esasına karar verme yetkisini, çocuğun mutad mesken ülkesindeki adlî veya idarî makamlara bırakarak adlî ve idarî alanda uluslararası iş birliğine ilişkin yeni bir sistem getirilmiştir. Bu Sözleşme, nitelik itibarıyla adlî yardım sözleşmesi olup öngörülen amaçlarına ulaşabilmek için makam ve mahkemelerinin yetkilerini düzenlemektedir. Başlangıç bölümü ve toplam 45 maddeyi içeren altı bölümden oluşur¹². Ekinde ise örnek başvuru formları yer almaktadır.

II. ARABULUCULUK KAVRAMI VE ARABULUCULUĞUN TEMEL İLKELERİ

Arabuluculuk, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Genel olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, adlî sisteminin içinde yer almayan, yargılamaya gidilmeden veya yargılama sonuçlanmadan önce başvurulabilen, yargılama dışında sonuca varan ve hukukî uyuşmazlıkları sona erdiren yöntemlerdir. Bu yöntemlerin birçok olumlu özelliğinin olduğu kabul edilmektedir. Sadece millî değil, uluslararası nitelikli hukukî uyuşmazlıkların çözümü bakımından adlî sisteme nazaran daha hızlı ve etkin olduğu kabul edilmektedir. Bu yöntemlerin kullanılması ile zaman ve masraf kaybı önlenmektedir. Uyuşmazlık çözümünde klâsik anlayış, yargılamadır. Yargılama yapılması ise “uyuşmazlık halinde taraflar arasındaki çekişmeyi, çoğu kez daha da derinleştirip ağırlaştırmaktadır”. Buna karşı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki iletişimi güçlendirmekte, uyuşmazlığın olumlu sonuca ulaşılmasını kolaylaştırmaktadır¹³.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kabulü ile uyuşmazlıkların çözümünün daha kalıcı ve başarılı olması amaçlanmıştır. Her uyuşmazlığın bu yöntemlerle çözülebilmesi mümkün değildir. Bu yöntemlerle çözüme ulaştırabilecek uyuşmazlıkların tespiti ve bu yöntemlerin kullanılması yarar-

¹² Sözleşmenin Birinci Bölümü, “uygulama alanına ilişkin hükümleri” (m. 1-5), İkinci Bölümü, “merkezî makamlara ilişkin hükümleri” (m. 6-7), Üçüncü Bölümü, “çocuğun geri dönmesine ilişkin hükümleri” (m. 8-20), Dördüncü Bölümü, “ziyaret hakkına ilişkin hükmü” (m. 21), Beşinci Bölümü, “genel hükümleri” (m. 22-36), Altıncı ve Son Bölümü ise “nihaî hükümleri” (m. 37-45) düzenlemektedir.

¹³ **Özekes**, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2806.

lıdır. Bu sayede mahkemelerin iş yükü hafifleyecek ve sosyal barışın korunmasına önemli katkı sağlanacaktır. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile amaçlanan yargıya başvuru yolunu kapatmadan farklı çözüm arayışlarına imkân tanımaktır. Bu yöntemler, yargılamaya alternatif olarak mütalaa edilmemelidir¹⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargı dışında uyuşmazlığı çözülmesine hizmet etmekle beraber “devlet denetiminde ve hukuk kuralları ile kurumsallaştırılmış bir sistem” olup yargının yükünü paylaşarak insanların yaşamını kolaylaştırmaktadır. Zor kullanma içermez. Genelde tarafsız üçüncü kişi veya kişilerin katılımı ile gerçekleşen her türlü çözümü kapsamında barındırır. Bu yöntemlerin, gönüllü katılım, bağlayıcı olmama ve yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmama gibi karakteristik özellikleri mevcuttur¹⁵.

Arabuluculuk, günümüzde Kara Avrupası Hukuk Sistemine tâbi olan ülkelerde de yaygın olarak kullanılmaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın, tarafların ortak menfaatlerini tesis edebilme amacıyla çözümü için taraflarca anlaşılan yöntem ve esaslara uygun hareket eden ve arabulucu

¹⁴ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargı organlarının yargılama hakkı ve yetkisine müdahale etmeyen yargı sistemi ile rekabet halinde olmayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, Mustafa: Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, AÜHFD, C. 51, S. 2, s. 138; **Pekcanitez**, Hakan: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukukî Perspektifler Dergisi, S. 5, Y. 2005, s. 15; **Tanrıver**, Süha: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış” Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin, Ankara 2006, s. 821 vd.; **Özekes**, Muhammet: “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, Hukukî Perspektifler Dergisi, S. 7, Y. 2006, s. 42, **Tanrıver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S. 64, Y. 2006, s. 152; **Kaplan**, Yavuz: “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, MHB, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 116-117; **Taşpolat-Tuğsavul**, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin, Ankara 2012, s. 23-26; **Yazıcı-Tıktık**, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha, İstanbul 2013; s. 5-6; **Özbek**, Mustafa S.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 198 vd; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 565-566; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2806-2807; **Kekeç**, Elif K.: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler: 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 13-14; **Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On iki Levha, İstanbul 2019, s. 8.

¹⁵ **Sungurtekin-Özkan**, Meral: “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, MİHDER, S.2, Y. 2005, s. 355; **Tanrıver**, Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 821; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2807; **Kekeç**, s. 14.

olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir üçüncü kişi yardımıyla çözülmesini “*arabuluculuk faaliyeti*” olarak tanımlayabiliriz¹⁶.

Arabuluculuk faaliyeti, yargılama faaliyeti değildir. Arabulucu, taraflara çözüm dayatmaz; karar veren değil, tarafların vereceği kararın ortamını sağlayan üçüncü kişidir. Arabulucunun yardımıyla taraflar, kendi inisiyatifleri çerçevesinde uyuşmazlığı çözerler. Bu noktada üçüncü kişinin yardımının önemi büyüktür. Çünkü uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tarafların kendiliğinden bir araya gelmesi ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik görüşmesi psikolojik olarak çok zordur. Arabuluculuğun yönteminin kullanılması, taraflar arasındaki gerilim azaltılabileceği için gelecekte kurulacak ilişkilerin güvence altına alınması bu sayede mümkün olabilecektir. Arabuluculuk faaliyetlerine yargıma faaliyetleri başlamadan önce başvurulabileceği gibi yargılama faaliyeti başladıktan sonra da başvurulabilir. Arabuluculuk, mahkeme ile yarışan bir yöntem değildir. Taraflar gönüllü olarak bu yola başvurduğundan, her iki tarafı da memnun eden bir sonuca ulaşılmadığında mahkeme yolu ile uyuşmazlığın çözülebilmesi mümkündür¹⁷.

Arabuluculuk faaliyetinde tarafların ortak menfaatleri doğrultusunda uyuşmazlığın çözülmesi amaçlandığı için yargılama faaliyetinden farklılık göstermektedir. Yargıma faaliyetinde “haklılık arayışı” esastır. Hâkim, mevzuatın kendisine vermiş olduğu yetkiye, hakem ise önceden yapılmış olan sözleşme uyarınca kendisine tanınan yetkiye dayanarak belli kurallar kapsamında verdiği karar ile haklı olan tarafı belirler. Buna karşı arabuluculuk

¹⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (HUAK) 2. maddesinde arabuluculuk, “*Sistematik teknikler uygulanarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır. Bkz. RG. 22.06.2012-28331.

¹⁷ Arabuluculuk belli durumlarda daha avantajlı ve daha yararlıdır. Arabuluculuğun tercih nedenleri ve yararları arasında zamandan tasarruf sağlaması, masraftan tasarruf sağlanması, kontrolün taraflara ait olması, tarafların kendilerini daha iyi ifade edebilme imkânına sahip olması, mahkeme yükünün azaltılması, yargı organlarına kıyasen daha geniş bir karar yelpazesine sahip olacağından tarafları olabildiğince tatmine yönelik olması ve gizliliğin korunabilmesi olarak gösterilmektedir. Arabuluculuğun sağladığı yararlar için bkz. **Pekcanitez**, s. 14; **Özbek**, Adalet Ulaşma, s. 139-140; **Tanrıver**, Alternatif Çözüm Yolları, s. 158; **Kaplan**, s. 128-129; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 122-123; **Özekes**, Arabuluculuk, s. 43-44; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2814; **Özbek**, Alternatif, s. 595 vd; **Kekeç**, s. 87 vd; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 22; **Altıntaş**, Elif H.: Uluslararası Çocuk Kaçırımlarında Arabuluculuk, Yetkin, Ankara 2018, s. 44.

faaliyetinde tarafların ortak menfaatleri dikkate alınarak bu doğrultuda uyuşmazlığın çözümü konusunda müzakerelerde bulunulur. Uyuşmazlığın çözümüne yönelik müzakereler sürerken bazı durumlarda haklardan ziyade menfaatler daha ağır basacağı için geçmişle olan bağlantı, yargılamadan farklı olarak daha zayıf olacaktır. Yargılamada ise geçmişle olan bağlantı çok önemlidir. Yargılamada haklılık anlayışı esas olduğundan geçmişe ilişkin tarafların sundukları bilgi ve belgelerin incelenmesinin hangi tarafın haklı olduğunun tespiti açısından önemi büyüktür. Arabuluculuk faaliyetinde ise önemli olan mevcut durumda ve gelecekte neler olacaktır. Arabuluculuk faaliyetinde tarafların ve uyuşmazlığın geçmişi, faaliyet anındaki zamanla olan ilgisi düzeyinde ve geleceğe yönelik atılacak adımların belirlenmesine yardımcı olması şartıyla dikkate alınmalıdır¹⁸.

Arabuluculuk, bağlayıcı olmayan uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabulucu, tarafsızdır ve taraflar arasındaki iletişimi temin ederek uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak faaliyetlerin gerçekleştirilmesini sağlar. Arabulucu, taraflar arasındaki asıl uyuşmazlığı tespit eder, müzakereleri yöneterek tespit edilen uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olur. Arabulucunun taraflar üzerinde herhangi bir gücü yoktur; onları bir araya getirmeyi ve her ikisinin de tatmin olacağı bir sonuca varılmasını hedefler. Arabulucu, kural olarak taraflara çözüm önerisi getiremeyeceği¹⁹ gibi mevcut olan çözüm önerilerinden birinin kabul edilmesi için tarafları zorlayamaz. Arabulucu, ancak tarafların sıkıntıya düştükleri konularda yeni fikirler yaratmaları konusunda onları destekleyebilir, konu ile ilgili ayrıntılara tarafların dikkatini çekebilir, tarafların çözüme yönelik yeni yollar bulmasına yardımcı olabilir. Kabulü mümkün olmayan çözüm önerilerinin ise neden kabul görmeye-

¹⁸ **Tanrıver**, Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 837; **Özekes**, Arabuluculuk, s. 44; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2814-2815.

¹⁹ Arabulucu, kural olarak taraflara çözüm önerisi getiremez. Ancak bu durumun bazı hukuk sistemlerinde istisnaları bulunmaktadır. Örneğin Türk Hukukunda belli hâllerde arabulucunun çözüm önerisi getirebileceği kabul edilmektedir. HUAK m. 2/b'de arabuluculuğun tanımı yapılırken "...tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen..." şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bu ifadeden de açıkça anlaşıldığı üzere arabulucu sürecin başında çözüm önerisi getiremez. Daha ziyade tarafların çözüme yaklaştığı ancak çözüm üretemedikleri hâllerde çözüm önerisi getirebilecek, uyuşmazlığın tarafları ise uyuşmazlığın çözümüne ilişkin getirilen öneriyi serbestçe değerlendirebileceklerdir. Bu ifade, 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Muhakemeleri Kanunu'nun (RG. 25.10.2017-30221) 17. maddesi ile HUAK'ın 2. maddesinin (b) bendine eklenmiştir. Bkz. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM, Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 491, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, s. 54-55 (Erişim: Ocak 2021).

ceğini taraflara açıklamalıdır. Bu açıklamalardan hareket edildiğinde arabulucunun sürecin yönetimini sağladığı, tarafların ise uyuşmazlığı çözüme kavuşturduğu sonucuna varılır²⁰.

Arabulucu, tarafların sağlıklı iletişim kurabileceği bir ortamı sağlayarak tarafların uyuşmazlık konusunu kendilerinin çözebilmesine fırsat tanır. Taraflar, arabulucunun gözetiminde çözüm yolları tespit ederler. Tarafların uyuşmazlığı çözmek için uzlaşmaya varabilmesi amacıyla müzakereler yürütülür. Müzakerelerin yürütüleceği usul plânını arabulucu belirler. Müzakereler bu plân çerçevesinde gerçekleştirilir. Arabulucu tarafsızlık ilkesi çerçevesinde müzakerelerin başlaması amacıyla uyuşmazlığın taraflarını bir araya gelmesini sağlar; müzakereler süresince de tarafların anlaşmasına yardımcı olur. Arabulucunun yapılacak müzakerelerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için belli başlı görevlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Arabulucunun, toplantıların yerlerinin temini ve buraların fiziksel özelliklerinin hazırlanması, toplantı sayısının belirlenmesi, temel tartışma konusunun tespiti, taraf davranışlarının izlemesi yolu ile özgür düşünce ortamının temini, konuşma sıra ve sürelerinin eşitlik esasına göre belirlenmesi gibi görevleri bulunmaktadır. Sayılan bu görevlerden de anlaşıldığı üzere uyuşmazlığın tarafları arasındaki iletişimi sağlayacak kişi arabulucudur. Arabulucu, taraflar arasında yanlış anlaşılmalardan kaynaklanan aksaklıkları gidermelidir. Arabulucu, yaşanan aksaklıkları giderebilmek için bir tarafın dile getirdiği düşüncelerin içeriğinde değişiklik yapmaksızın diğer tarafın kabul edebileceği şekilde yeniden ifade etmelidir²¹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve bu yöntemlerden biri olan arabuluculuk hakkındaki genel açıklamalarımızın ardından Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında online arabuluculuğun mümkün olup olmadığı konusundaki değerlendirmelerimizde ve görüşümüzde bize yol göstermesi açısından arabuluculuğun bu bağlamda önem taşıyan bazı temel ilkelerinden kısaca bahsetmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz. İleriki açıklamalarımızda görüleceği üzere özellikle eşitlik ve gizlilik ilkesinden kaynaklanabilecek endişeler, tarafların çoğu zaman müzakerelerin online yürütülmesi sürecine soğuk bakmalarına neden olmaktadır²². Bu bağlamda;

²⁰ **Kaplan**, s. 118-119; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 26 vd.; **Kekeç**, s. 43 vd.; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 22; **Altıntaş**, s. 49.

²¹ **Tanrıver**, Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış, s. 827-828; **Özmumcu**, Seda: Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha, İstanbul 2011, s. 274-275; **Yazıcı-Tıktık**, s. 13-15; **Kekeç**, s. 104; **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 22; **Altıntaş**, s. 49-50.

²² Bkz. IV, B, 3. ve 4.

Gönüllülük ilkesi, iki şekilde değerlendirilmelidir. Bu ilke uyarınca taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için bu yönteme başvurup başvurumama konusunda veya süreç sonunda varılan çözüm önerilerine uyup uymama konusunda serbesttir²³. Uyuşmazlığın taraflarından biri arabulucuya verdiği yetkiyi geri alabileceği gibi çözüm önerilerini kabul de etmeyebilir. Çözüm önerilerinin bir tarafça veya taraflarca kabul görmemesi halinde taraflar, uyuşmazlığı başka yöntemlerle de çözmeyi deneyebilirler. Taraflar, arabuluculuğun kendileri için uygun olmadığını düşünüyorlarsa bu ilkenin dikkate alınması ve arabuluculuğun uygulanması konusunda taraflara baskı yapılmaması gerekir. Bu ilke sayesinde arabuluculuk, hak arama özgürlüğünü de kısıtlamamaktadır²⁴.

Tarafsızlık ilkesi arabulucunun görevini özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesini ve her iki tarafa eşit mesafede kalmasını ifade etmektedir²⁵. Arabulucu, bu ilke çerçevesinde taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümüne yönelik arabulucuya başvurmaları da dâhil olmak üzere tüm arabuluculuk sürecinde eşit haklara sahiptirler. Buradaki eşitlik, yargılamadaki eşitlik anlamına gelmemektedir. İletişimin tesisine yönelik olan ve uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği anlamda eşitliğin sağlanması yeterlidir. Arabuluculuk faaliyetleri sırasında taraflara eşit haklar ve imkânlar tanınması, adaletli bir sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. Arabuluculuk sürecinde taraflara eşit haklar tanınmaması, örneğin taraflardan birinin sürece katılımının tümüyle veya bazı hâllerde engellenmesi, süreç sonunda varılan sonucun gerçek anlamda bir uzlaşmanın ürünü olmadığını ortaya koyduğu gibi bu sonucun adil olmadığını da gösterir. Oysa adil sonuca ulaşma amacı, tıpkı yargı sürecinde

²³ Gönüllülük ilkesi, “İrâdi Olma” başlığı altında HUAK m. 3/I’de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Şu kadar ki dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır.*”

²⁴ **Kaplan**, s. 136; **Tanrıver**, Alternatif Çözüm Yolları, s. 165; **Taşpolat-Tuğsavul**, s. 126-127; **Yazıcı-Tıktık**, s. 36; **Kekeç**, s. 72; **Özbek**, Alternatif, s. 608 vd; **Özekes**, Pekcanitez Usûl, s. 2818-2819; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 28 vd.; **Bozdağ**, Gonca G.: “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilâflarda Uygulanabilirliği”, GÜHFD, C. XX, Y. 2016, Sa. 1, s. 107.

²⁵ Tarafsızlık ilkesi, “Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi” başlığı altında HUAK m. 9’da düzenlenmiştir. Birinci fıkra uyarınca “*arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir*”. Üçüncü fıkra uyarınca “*Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür*”. Eşitlik ise HUAK m. 3/II’de “*Taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler*” şeklinde düzenlenmiştir.

olduğu gibi arabuluculuk süreci bakımından de vazgeçilmez bir konudur²⁶. Yargı sürecindeki adil yargılanma, hukukî dinlenilme ve silahların eşitliği gibi ilkeler, arabuluculuk süreci açısından da aranan özellikler olarak kabul edilir. Ayrıca taraflardan biri, sürecin eşit olmayan şekilde menfaatlerine aykırı yürütüldüğünü hissederse artık sürecin yürütülmesi de mümkün olmayacaktır²⁷.

Gizlilik ilkesi, arabuluculuk faaliyetleri esnasında arabulucuya sunulan veya kendisinin elde ettiği bilgi ve belgelerin, ortaya konulan iddiaların gizli tutulması anlamına gelmektedir. Millî hukuklarda gizlilik ilkesi genel olarak arabulucuya yüklenmiştir²⁸. Yargılamadan farklı olarak arabuluculukta asıl olan gizliliktir. Arabulucunun görüşmelerin içeriğini, ortaya atılan iddiaları, her türlü bilgi ve belgeyi açığa vurmaması bu ilke ile güvence altına alınmıştır. Bu ilke, özel oturumlarda elde edilen bilgilerin karşı tarafla paylaşılmaması şeklinde olabileceği gibi arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgilerin başka kişilerle paylaşılmaması şeklinde de olabilir. Bu ilke ile tarafların zarar görmesi engellemek ve arabuluculuğun cazibesini devam ettirmek istenmiştir. Ayrıca, sürecin aleni olmaması, delil güvenliğinin sağlanması açısından da önemlidir. Arabuluculuğun başarısız olması durumunda süreçte hazırlanan belgelerin ve süreçte yapılan açıklamaların daha sonra yapılan yargılamada delil olarak kullanılamaması²⁹ tarafları rahatlatacaktır. Aksine bir tutum, arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşmaya varma umudu ile yapacakları açıklamaları rahatlıkla yapamamalarına neden olacaktır³⁰.

²⁶ Taşpolat-Tuğsavul, s. 133-134.

²⁷ Kaplan, s. 136; Taşpolat-Tuğsavul, 133; Özbek, Alternatif, s. 602 vd; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 31.

²⁸ Bkz. Altıntaş, s. 87; Türk Hukukunda ise aksi kararlaştırılmadıkça hem arabulucunun hem tarafların hem de görüşmelere katılan üçüncü kişilerin gizliliğe uyma yükümlülüğü vardır. Gizlilik ilkesi, HUAK m. 4'te şu şekilde düzenlenmiştir: Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (1. f.). Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar (2. f.).

²⁹ HUAK'ta tarafların arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişinin, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, HUAK m. 5'te yer alan beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremeyeceği ve bunlar hakkında tanıklık yapamayacağı yer almaktadır.

³⁰ Bkz. Taşpolat-Tuğsavul, 134 vd; Yazıcı-Tıktık, s. 54 vd; Kekeç, s. 77 vd.; Özbek, Alternatif, s. 611 vd; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2819 vd; Bozdağ, Arabuluculuk, s. 109; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 32 vd.

III. SÖZLEŞME KAPSAMINDA ARABULUCULUK FALİYETLERİ

A. Sözleşme ve Arabuluculuk

Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesinin amacı, çocuğun üstün yararının korunmasıdır. Sözleşme, hukuka aykırı yer değiştirmenin/kaçırmanın zararlı etkilerinden çocuğu korumak için mutad meskenine derhal iadesini öngörmektir. Ayrıca koruma hakkına (velayet hakkı) sahip olmayan veya ortak velayete sahip olup da çocuğun yanında bulunmadığı ebeveynin ziyaret hakkının korunması da (çocukla şahsi ilişki kurma hakkının korunması), Sözleşme'nin diğer amacıdır.

Çocuğun kaçırılması veya alıkonması nedeniyle iadesine veyahut ziyaret hakkı sahibi ebeveynin çocukla şahsi ilişki kurma hakkının engellenmesine ilişkin uyuşmazlıkların dava yolu çözümlenmesi çoğu zaman çekişmeli ve rahatsız edici bir sürecin başlamasına neden olmaktadır. Bu gibi vakalarda dostane çözüm yollarının kullanılması, çocuğun yüksek menfaatinin temini bakımından son derece önemlidir. Diğer çağdaş Lahey Sözleşmelerinde³¹ olduğu gibi Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi, kapsamına giren uyuşmazlıkların öncelikle dostane çözüm ile sonuçlandırılmasını önermekte çocuğun rıza ile teslimini öncelikli olarak tercih etmektedir. Dostane çözüm yolu, çocuğun ebeveynlerinden her ikisi ile ilişkilerini sürdürebilmesi açısından en elverişli yol olarak kabul edilmektedir. Bu yolun tercih edilmesiyle çocuk, geri kalan hayatında ebeveynleriyle sağlıklı bir iletişim kurabilecek ve onlar ile iletişimi kesilmeyecektir³².

Sözleşme anlamında dostane çözüm, çocuğun mutad meskenine iadesinin sağlanması konusunda çocuğu kaçıran kişiyi “ikna faaliyeti” olarak açıklanabilir³³. Bu ikna faaliyeti sırasında çocuğun menfaatine dikkat çekil-

³¹ Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesinden sonra akdedilen diğer bazı Lahey Aile Sözleşmelerinde “arabuluculuk”, “uzlaşma” ve benzeri yöntemlerin kullanımından açıkça bahsedilmiştir. Örneğin, “19 Ekim 1996 Tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Tedbirler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesinin” 31/(b) maddesinde (RG. 22.05.2016-29719); “13 Ocak 2000 Tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Sözleşmenin” 31. maddesinde; “23 Kasım 2007 Tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin Lahey Sözleşmesinin”, 34/II(i) maddesinde bu konuları düzenleyen hükümler yer almaktadır.

³² HCCH, Part V-Mediation, s. 26 vd; ayrıca bkz. Köseoğlu, Bilal: Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davalar, Geliştirilmiş dördüncü bası, TBB Yayınları, Ankara 2007, s. 14-15; Aytaç, s. 42-43; Bozdağ, Red Nedenleri, s. 97.

³³ Altuntaş, s. 58.

mektedir. Dostane çözüm yollarının, çocuğun kaçırılması veya alıkonulmasına ilişkin olaylar bakımından kullanılması önemli ve yararlıdır. Bu yolların kullanılması ile ebeveynler arasında iletişim kurularak gelecekte çıkması muhtemel sorunların önüne geçilebilecek, çocuğun ebeveynlerinden her ikisi ile ilişkilerini sürdürebilmesi imkânı daha güçlü bir şekilde sağlanacaktır³⁴.

Çocuğun rıza ile teslimini öncelikli olarak tercih eden Sözleşme, ebeveynler arasında yaşanan uyuşmazlığın dostane çözüm yöntemleri ile çözülmesini iki maddesi aracılığı ile teşvik etmektedir. Bu maddeler Sözleşme'nin 7. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi ve 10. maddededir. Bu maddeler genel ifadeler ile kaleme alınmıştır. Sözleşme anlamında arabuluculuğun kapsamının tayini bakımından bu iki maddenin önemi büyüktür.

Uluslararası çocuk kaçırma olaylarında çocuğu iadesi, uluslararası iş birliğini gerektirir. Sözleşme, ülkeler arasında iş birliğinin sağlanması için taraf devletlere merkezî makam oluşturma görevi vermiştir. Taraf devletlerce tesis edilen merkezî makamlar aracılığıyla yardım sağlanması ve ortaya çıkabilecek sorunların çözüme kavuşturulması amaçlamıştır. Merkezî makamın yerine getireceği görevler, Sözleşme m. 7'de sayılmıştır. Bu görevlerden biri arabuluculuğa ilişkin olup arabuluculuğun temelini oluşturmaktadır. Sözleşme m. 7/II/c uyarınca merkezî makamlar "*çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak*" için uygun tüm önlemleri almaları gerekmektedir³⁵. Sözleşme m. 10, Sözleşme çerçevesinde arabuluculuk uygulamasının temelini oluşturan bir diğer maddedir. Bu madde uyarına "*çocuğun bulunduğu devletin merkezî makamı, çocuğun isteyerek teslimi yolunda tüm önlemleri alır veya aldırır*". Her iki hüküm birlikte dikkate alındığında çocuk, mahkeme dışı gönüllü olarak iade edilebilir veya taraflar farklı bir çözüm yolu kabul ederek uyuşmazlıklarını sonlandırabilir. Çocuğun kaçırılmadığı ancak koruma hakkı sahibi ebeveynin, ziyaret hakkı sahibi

³⁴ **Zawid**, Jennifer: "Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators.", Miami Inter-Am. L. Rev 2008, vol. 40, no. 1, s. 10 dn. 36; **Altıntaş**, s. 46.

³⁵ Ebeveynler arasındaki çocuğun iadesine yönelik uyuşmazlıklarda gönüllü çözümünde arabuluculuk faaliyetinin önemi büyüktür. Bu gibi uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak arabuluculuk yöntemi kullanılması esnasında merkezî makamlar çok önemli rol üstlenmektedir. Bkz. Conclusions and Recommendations And Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011) *drawn up by the Permanent Bureau*, s. 22, <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).

ebeveynin çocukla şahsi ilişki kurma hakkını engellediği durumlarda da taraf devletlerin merkezî makamlarına Sözleşmenin 21. maddesi ile bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Ebeveynlerin ziyaret haklarını rahatça kullanmalarının sağlanması, bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların getirilmesi ve bu hakka karşı muhtemel engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması için merkezî makamlar, 7. maddede yer alan iş birliği yükümlülükleri ile bağlı tutulmuştur. Dolayısıyla da ziyaret hakkının tesisi için “*dostane bir çözümü kolaylaştırmak*” merkezî makamlar bakımından alınması gereken uygun bir önlem olarak kabul edilmektedir.

Uluslararası ailevî uyuşmazlıklarda arabuluculuk, millî hukuklardaki aile arabuluculuğuna nazaran daha farklı ve daha karmaşık bir sürece sahiptir. Uluslararası ailevî uyuşmazlıklar bakımından görevlendirilen arabulucuların farklı hukuk sistemleri, farklı kültürler ve farklı dillerle karşılaşabilecekleri için bu gibi uyuşmazlıklarda görev alan arabulucuların bu konuların çözümüyle ilgili ek eğitime sahip olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte uluslararası ailevî uyuşmazlıkları bakımından tarafların taşıdığı risk de millî hukuklardaki arabuluculuğa kıyasla çok daha fazladır. Arabuluculuk ile varılan ve tarafların bel bağladığı anlaşmanın ilgili ülkelerde dikkate alınmamasıyla bu anlaşmanın hiçbir hukukî etkisinin bulunmaması ihtimâli, taraflara yüklenen riski de önemli ölçüde arttırmaktadır. Uluslararası çocuk kaçırma olayları bakımından ebeveynler arasında var olan yüksek gerilim, ebeveynlerin farklı ülkelerde olması nedeniyle onların yapıcı bir arabuluculuk sürecine dâhil edilmesine yönelik sorunlar³⁶ uluslararası ailevî uyuşmazlıklarda arabuluculuğun karmaşık ve zor bir yapıya sahip olduğunu gösteren diğer bazı olgulardır³⁷.

Uluslararası ailevî uyuşmazlıklarda arabuluculuğun karmaşık ve özel yapısını dikkate alan Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu, uluslararası çocuk kaçırma olaylarının niteliğine uygun düşecek ve Sözleşme ile uyumlu bir arabuluculuk sürecinin tesisi için 2012 yılında “*İyi*

³⁶ Vize ve göçmenlik sorunları, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkede kaçırma ebeveyn hakkında ceza davası açılması, menşe ülkeden uçak bileti alınmaması gibi sorunlar örnek olarak gösterilebilir. Bu örnekler için bkz. **HCCH**, Mediation Guide, s. 27, **Martin**, Nuria G.: “International Parental Child Abduction and Mediation”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional 2015, vol. XV, s. 400.

³⁷ Bkz. **HCCH**, Mediation Guide, s. 26-27; **Rubin**, Melvin A.: “Introduction to the Symposium on Crossborder Family Mediation with an Emphasis on the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.”, Miami Inter-Am. L. Rev 2008, vol. 40, no. 1, s. 2-3.

Uygulama Kılavuzunu” oluşturulmuştur³⁸. Sözleşme m. 7/II/c ve m. 10’da arabuluculuk kavramı zikredilmemiştir. İyi Uygulama Kılavuzuna göre ebeveynler arasındaki uyuşmazlığın çocuğun yüksek menfaati gereğince tarafların anlaşması ile sonlandırılması için kabul edilen en uygun yöntem arabuluculuktur³⁹. Kılavuz, Sözleşme hükümlerinin en iyi şekilde uygulanmasını sağlamak için Sözleşme ile uyumlu özel bir arabuluculuk yönteminin tesisine ilişkin bilgileri içeren önemli bir kaynaktır⁴⁰. Kılavuz ile taraf ülkelerin hukuklarından kaynaklanabilecek farklı arabuluculuk uygulamalarının önüne geçmek istenmekte ve Sözleşme kapsamında arabuluculuk uygulaması teşvik edilmektedir. Kılavuz, Sözleşme kapsamında görevlendirilen taraf devletlerin merkezî makamlarının, arabuluculuğa dair uygulamalarını gözden geçirmelerini ve uygun ve elverişli hâllerde iyileştirmelerini önermektedir. Kılavuzda sadece koruma hakkının ihlâline sebep olan çocuk kaçırma olaylarının dostane çözümü konusunda ayrıntılı açıklamalar yapılmamış, aynı zamanda ziyaret hakkı yani kişisel ilişki kurma hakkı sahibinin bu hakkının ihlâlî halinde de ilgili uyuşmazlıkların çözümü bağlamda dostane arabuluculuğun ayrıntıları üzerinde de durulmuştur. Ayrıca Kılavuzda genel olarak uluslararası ailevî uyuşmazlıklarda kullanılan arabuluculuk ve benzeri süreçler açısından değer taşıyacağı umut edilen prensipler ve iyi uygulamalar da yer almaktadır⁴¹. Ancak şu hususu önem ile belirtmek

³⁸ Kılavuzun oluşturulmasına ilişkin çalışmalar 2009 yılında başlamış, taraf ülkelerden bir grup bağımsız uzmandan Kılavuzun hazırlanmasına ilişkin olarak yardım talep edilmiştir. 1980 ve 1996 Lahey Sözleşmelerinin fiili uygulamasını izleyen Özel Komisyonun altıncı toplantısının ilk bölümü öncesinde taslak metin 1980 Sözleşmesine taraf devletlere ve Lahey Konferansı üyelerine dağıtmıştır. Özel Komisyon, taslağı memnuniyetle karşılamış, Daimî bürodan uzmanların tasfiyelerinin dikkate alarak özel komisyon tartışmaları ışığında kılavuzda değişiklikler yapılmasını ve değiştirilen şekliye taslağı son görüşmeler için taraf devletlere ve üyelere göndermesini talep etmiştir. 2012 yılında son görüşler de alınarak Kılavuz hayata geçirilmiştir. Lahey Konferansının ailevî meseleleri konu alan uluslararası arabuluculuk hakkındaki çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HCCH**, Part V-Mediation, s. 14 vd.

³⁹ “Hedefler ve kapsam” başlığı altında yer alan açıklamalara bkz. **HCCH**, Mediation Guide, s. 12.

⁴⁰ **Altuntaş**, s. 59.

⁴¹ Bu yönüyle Kılavuz, sadece Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesinin tarafı olan ülkelere değil, bu ülkelerin yanında uluslararası ailevî uyuşmazlıklarda kullanılan arabuluculuk, uzlaşma veya benzeri araçları kullanımını teşvik eden diğer Lahey Sözleşmelerine taraf olan devletlere de yardımcı olacağı düşünülmüştür. Bu Sözleşmelere “19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi”, “13 Ocak 2000 Tarihli Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesi” ve “23 Kasım 2007 Tarihli Çocuk Nafakası ve Diğer Aile Nafaka Türlerinin Uluslararası

gerekir ki Kılavuz, öneriler içermekte ve burada yer alan genel prensipler istişarî nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla Kılavuzda yer alan hiçbir ifadenin taraf devletler bakımından bağlayıcılık arz edecek şekilde yorumlanması mümkün değildir⁴².

Sözleşme, koruma hakkının ihlâli halinde daha bu sorunun çözümüne yönelik ayrıntılı düzenlemeler içermekle birlikte, ziyaret hakkı bakımından aynı şekilde davranmamış, bu hakkın ihlâlini ayrıntılı olarak düzenlememiş, sadece hakkın ihlâli halinde tesisine yönelik olarak imkânlar ölçüsünde merkezî makamların iş birliğini aradığını hükme bağlamıştır. “Ziyaret hakkının rahatça kullanılması ve bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması yolunda 7. maddede yer alan iş birliği yükümlülükleri ile taraf devletlerin merkezi makamlarının bağlı olduğuna” yönelik 21. maddenin ikinci fıkrası dikkate alındığında arabuluculuk süreci, ziyaret hakkından doğan uyuşmazlıklar bakımından da kabul görmelidir.

B. Türkiye Bakımından Sözleşmenin Uygulanması

Türk Hukukunda uluslararası çocuk kaçırma uyuşmazlıklarının niteliğine uygun özel bir düzenleme yer almamaktadır. Aile hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklar, Türk Hukuku bakımından arabuluculuk kurumunu düzenleyen temel hukukî düzenleme olan “Hukuk Uyuşmazlıkları Hakkında Arabuluculuk Kanunu”⁴³ (HUAK) kapsamı dışında tutulmuştur. HUAK’ın amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek olup yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır (m. 1/I). Koruma hakkı (velayet) ve ziyaret hakkından (şahsi ilişki kurma) doğan uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlık kategorisine girmediğinden Türk Hukukunda arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilmezler. Ayrıca HUAK’ta aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı kabul edilmiş ve m. 1/II ile bu tür uyuşmazlıklar Kanunun kapsamı dışında tutulmuştur

Tahsiline İlişkin Lahey Sözleşmesi” örnektir. Dostane çözüme yönelik arabuluculuk, uzlaşma ve benzeri süreçlerin işletilmesine yönelik ilgili Lahey Sözleşmelerinin hükümleri için ayrıca bkz. 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi m. 31(b); 2000 Tarihli Lahey Sözleşmesi m. 31; 2007 Tarihli Lahey Sözleşmesi m. 34(2)(i).

⁴² HCCH, Part V-Mediation, s. 13.

⁴³ RG. 22.06.2012-28331.

(m. 1/II)⁴⁴. Buna karşı Türkiye, Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesine tarafıtır ve Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmelidir. Bunun sağlanması için de uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların niteliğine uygun düşen özel bir düzenlemenin Türk Hukuku bakımından yapılması gerekmektedir. Türk hukuku bakımından konuya ilişkin yürürlükte olan özel bir düzenleme mevcut bulunmasa da aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere koruma hakkı ve ziyaret hakkından doğan ve Sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıklar hakkında “*dostane çözüm*” çevresinde arabuluculuğun uygulanması mümkündür. Şöyle ki;

Bu durumda Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 s. Kanun’un m. 5/b ve m. 8’in dikkate alınması gerekir. Bu iki madde ile Sözleşme m. 7/II/c ve m. 10’da yer alan tarafları gönüllü çözüme teşvik etme yollarına ilişkin düzeltilmeler getirilmiştir. Kanun m. 5/b uyarınca “*merkezî makamın taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaşılmamasını teminen gerekli bütün tedbirlerin alınmasını sağlayacağı*” düzenlenmiştir. Merkezî makam olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, mahallî Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığı ile ilgili tedbirleri alır. Kanunda “velayet hakkı” olarak ifade edilen⁴⁵ koruma hakkının ihlâlî halinde çocuğun rıza ile teslimini öncelikle tercih eden Sözleşme hükümlerine uygun olarak mahkeme yolu ile çocuğun iadesi süreci öncesinde bu madde uyarınca ihtiyarî arabuluculuk süreci işletilebilecektir. Dava sürecinden önce arabuluculuk yoluna başvurulduğu halde sonuç alınmaması veya arabuluculuk sürecine hiç başvurulmaması halinde çocuğun iade edilip edilmeyeceği konusunda bir karar verilmek üzere yetkili ve görevli mahkemeye dava açılması yoluna gidilmektedir⁴⁶. Kanun m. 5/c bendi

⁴⁴ Aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklara Kanunun elverişli olmadığını düzenleyen maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinden çıkan sonuç, bu tür uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk sürecinde sağlanması gereken eşitlik ilkesinin bu süreçte her zaman tesis edilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. Bkz. TBMM Yasama Dönemi: 24 Yasama Yılı: 2, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Sıra Sayısı: 233, s. 26 bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).

⁴⁵ 5717 s. Kanun m. 3/d uyarınca bu hak, “*çocuğun bakım, gözetim ve koruma ile meskenini tayin etme hakkı*” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁶ Türk hukukunda mahkeme dışı arabuluculuk ve mahkeme ile bağlantılı arabuluculuk birlikte kabul görmektedir. HUAK m. 13 uyarınca da taraflar isterlerse dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra da arabuluculuk yoluna başvurabilirler. Bu madde uyarınca “*Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir*”.

uyarınca taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün bulunamaması halinde merkezî makam, mahallî Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığı ile çocuğun iade edilip edilemeyeceği konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye dava açar. Bununla beraber Kanun, yargılama aşamasında da dostane çözüm yolunun kullanılabileceğini düzenlemiştir. Kanun m. 8 uyarınca “mahkeme, bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerde esasa girmeden önce, çocuğun iadesini uzmanlardan da yararlanarak sulh yoluyla teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir”⁴⁷. Her ne kadar bu madde uyarınca hâkimin arabuluculuğa teşviki zorunlu olsa da ihtiyarî arabuluculuk süreci nedeniyle taraflar, arabuluculuk faaliyetlerine başvurup başvurmamakta serbesttirler. Kanun uyarınca hâkim bu yönde teşvikini esasa girilmeden önce yapmalıdır. Hâkim, bu durumda tahkikat aşamasından önce ön inceleme aşamasında tarafları arabuluculuğa teşvik eder⁴⁸.

5717 s. Kanun ziyaret hakkını, “şahsî ilişki kurma hakkı”⁴⁹ olarak nitelendirmiştir. Merkezî makamların, Kanun m. 5/b’den hareket ederek ziyaret hakkının tesisi bakımından da koruma hakkının ihlâlinde olduğu gibi uyuşmazlığın taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaşılmasını teminen gerekli bütün tedbirlerin almaları gerekmektedir. Taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün temini mümkün değilse Kanun m. 5/c bendi uygulanarak ziyaret hakkının tesisine yönelik olarak yetkili mahkemede dava açılacaktır. Dava açıldıktan sonra hâkimin bu konunun çözümüne yönelik olarak Kanun m. 8 hükmü uyarınca ve daha önce koruma hakkına ilişkin yaptığımız açıklamalar çerçevesinde tarafları arabuluculuğa teşviki mümkündür.

Görüldüğü üzere, Türk Hukukunda 5717 sayılı Kanun’da yer alan sulhe teşvik ve gönüllü iadenin sağlanabilmesi ifadeleri, Sözleşme kapsamında arabuluculuğun uygulanmasının kanunî dayanaklarını oluşturmaktadır.

⁴⁷ Sözleşme’nin arabuluculuğun temeli oluşturan maddeleri (m. 7/II/c ve m. 10) gönüllü çözüme önem verdiği için tarafların ortak iradesi dikkate alınmalıdır. Tarafların ortak iradesi, çocuğun iadesi yönünde de olabileceği gibi çocuğun getirildiği ülkede kalması yönünde de olabilir. Bu nedenle Kanun m. 8’de yer alan düzenlemede olduğu gibi sadece kaçırın tarafı çocuğun iadesi doğrultusunda teşvik etmenin doğru olmayacağı bu nedenle m. 8’in Sözleşmede yer alan dostane çözüm yöntemi ile tam örtüşmediği, Sözleşmede yer almayan bir düzenlemenin Kanunda yer almasının yorumlama hatasından kaynaklandığı kabul görmektedir. Bu görüş için bkz. **Bozdağ**, Arabuluculuk, s. 126.

⁴⁸ HMK’ya göre hâkim, ön inceleme aşamasında tarafları arabulucuya teşvik edebilir. HUAK’ın 35. maddesi ile bu husus HMK’ya eklenmiştir. İlgili maddeler için Bkz. 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 137/I, m. 320/II (RG. 04.02.2011-27836).

⁴⁹ 5717 s. Kanun m. 3/e uyarınca bu hak, “çocuğun belirli bir süre mutad meskeninin bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi hakkı” olarak tanımlanmıştır.

Kanunda yer alan sulh ifadesi, HMK m. 313 anlamında “görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme” olarak nitelendirilmemelidir. Zira bu anlamda değerlendirilse sulh, üçüncü kişi olmadan da gerçekleştirilebilecektir. Buna karşı 5717 sayılı Kanunun amacı, Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesinin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemek olduğu için Kanun’un m. 5/b ve m. 8’in yer alan sulh kavramının Sözleşme kapsamında yorumlanması ve arabuluculuğun da bu maddeler kapsamında dostane çözüm çerçevesinde uygulanması gerekir. Bununla birlikte Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların arabulucu vasıtasıyla çözümünde mümkün olduğu ölçüde HUAK hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir⁵⁰. Kanaatimizce uluslararası çocuk kaçırmaları bakımından yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi adına Kılavuzda yer alan tavsiyelerin ve taraf devletlerin uygulamalarının dikkate alınması ve Türk hukukunda bu konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu sayede 5717 sayılı Kanun ile HUAK hükümleri arasındaki çelişkilerden doğan sorunlar ortadan kalkacak, uluslararası çocuk kaçırmanın niteliğine uygun düşmediği için uygulanamayan HUAK hükümlerinden doğan boşluklar önlenecek ve Sözleşmenin tarafı olan Türkiye, taraf sıfatından doğan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirebilecektir.

IV. ONLINE ARABULUCULUK SÜRECİNİN DOĞUMUNA YOL AÇAN NEDENLER VE SÜRECE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Sınır ötesi arabuluculuğun bünyesinde çok sayıda aktörü içermesi, teknolojinin kullanılmasını gerektirebilir. Bu aktörler, bir ya da iki arabulucu, ebeveynler, avukatlar, üçüncü taraflar, bazı durumlarda ise tercüman veya tercümanlar olabilmektedir. Tüm bu aktörlerin aynı gün içinde aynı odada bir arada bulunabilmeleri birçok hâlde mümkün olmayabilir⁵¹. Uluslararası çocuk kaçırmalarına ilişkin uyuşmazlıkların da aynı ortamda yüz yüze arabuluculuk yöntemi ile çözülebilmesi uygulamada bazı sıkıntılar doğurmaktadır. Bu sıkıntıların başında coğrafi mesafeler gelmekte ve buna bağlı diğer zorluklarla karşılaşılmaktadır. Coğrafi mesafelerin uluslararası

⁵⁰ Bkz. **Altıntaş**, s. 128 vd ve s. 176.

⁵¹ **Martin**, s. 401; ayrıca bkz. **Kucinski**, Melissa A.: “The Delicate Art of Mediating International Parental Child Abduction Cases”, *Disp. Resol. Mag* 2014. vol. 20, no. 2, s. 20.

çocuk kaçırmalarında arabuluculuk sürecinin yüz yüze işletilmesi bakımından özel güçlükler yarattığı aşıkardır. Geride kalan ebeveynin bulunduğu ve çocuğun mutad meskeni olan ülke ile çocuğun kaçırıldığı veya alıkondduğu ülke arasındaki mesafenin çok uzak olması, arabuluculuk süresi ve masraflarını etkilemekte; bir ya da birden fazla arabuluculuk oturumu için yüz yüze görüşme ayarlanması çok vakit almakta ve masraflı olabilmektedir⁵².

Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi, uluslararası çocuk kaçırmalarında çocuğun üstün menfaati gözetilerek iade sürecinin ivedi olarak sonuçlanmasına ilişkin hükümleri düzenlemiştir. Ayrıca arabuluculuk süreci de daha önceki açıklamalarımızda da bahsedildiği üzere, çocuğun iadesi yöntemlerinden biri olarak Sözleşmenin uygulanması kapsamında yer almıştır. Müracaat edilen makama verilen altı haftalık süreye arabulucunun da uyması beklenmektedir. Ancak ebeveynlerin farklı ülkede bulunması bu süreye riayet edilmesinin önündeki en büyük engel olarak görülmektedir. Taraflar arasındaki mesafeden kaynaklanan arabuluculuk masrafları ise uygulamada karşılaşılan diğer önemli bir sorundur. Ebeveynlerin birbirlerinden uzak olan ülkelerde bulunması, arabuluculuk oturumları için mekân seçimini güçleştirmekte seyahat ve konaklama gibi arabuluculuk masraflarını arttırmaktadır.

Ebeveynlerin seyahat ve vize engelleri gibi çeşitli nedenlerle arabuluculuk sürecine bizzat dâhil olamadığı durumlarla da karşılaşılmaktadır. Aile içi şiddetin yaşandığı olaylar bakımından arabuluculuğun aynı ortamda yüz yüze gerçekleştirebilmesi, çeşitli nedenlerle sağlıklı sonuçlara varılabilmemesini engellemektedir. Telefon konferansı, video bağlantıları, çevrimiçi uyuşmazlık çözüm modelleri gibi teknolojilerin kullanımı, arabuluculuğa ilişkin olarak yeni uygulama modellerinin doğmasına neden olmuştur. Arabulucu tarafından yönetilen müzakerelerin elektronik posta, internet üzerinden görüntülü görüşme, telefon görüşmesi, Skype veya diğer bir iletişim programının kullanılması gibi yollarla online olarak gerçekleştirilebilmesi ile yüz yüze arabuluculuk sürecine ilişkin ortaya çıkan bu sorunun çözülebileceğini ileri süren görüşler ve bu yönde uygulamalar mevcuttur⁵³.

İyi Uygulama Kılavuzunda ise sadece yüz yüze arabuluculuğa ilişkin istisarı nitelikli olan genel prensipler getirilmiş ve ortaya çıkabilecek bu sorunların çözümüne yönelik taraf devletlerin merkezî makamlarına çeşitli önerilerde bulunulmuştur⁵⁴. Uluslararası çocuk kaçırmalarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde online iletişim araçları ile arabuluculuk sürecinin

⁵² HCCH, Part V-Mediation, s. 51 p. 166.

⁵³ Bkz. IV., A., 1. ilâ 4. başlıklar.

⁵⁴ Bkz. HCCH, Part V-Mediation, s. 26 vd.

işletilebilmesine ilişkin Kılavuzda detaylı bir açıklamaya yer verilmemiş; sadece video bağlantısı/telekonferans olanaklarından veya internet üzerinden modern haberleşme yollarının arabuluculukta yardımcı olarak kullanılabilceği ifadesine yer verilmiştir. Kılavuzda bahsedilen bu yöntemler, “uzak mesafeli arabuluculuk” olarak isimlendirilmiş, telefon, video bağlantısı veya internet yolu ile yapılan arabuluculuk online (çevrimiçi) uyuşmazlık çözümü olarak da adlandırıldığıın altı çizilmiştir⁵⁵.

Kılavuzda, modern haberleşme yollarının hem doğrudan arabuluculukta hem dolaylı arabuluculukta hem de iki yöntemin beraber kullanıldığı hâllerde kullanılabilceği yolunda tavsiyelerde bulunmaktadır. Doğrudan arabuluculuk, tarafların arabuluculuk oturumlarına doğrudan ve eşzamanlı olarak katılım sağladıkları arabuluculuk türüdür. Doğrudan arabuluculuk yüz yüze müzakerelerin yürütülmesini kapsadığı gibi tarafların video/telekonferans olanaklarından yararlanarak veya internet ile iletişim kurmak yolu ile uzaktan görüşmeye katıldığı arabuluculuk biçimidir. Dolaylı arabuluculukta ise taraflar birbirleri ile doğrudan görüşmezler. Taraflardan her biri arabulucu ile ayrı ayrı görüşür. Yapılan bu görüşmeler aynı ülkede farklı zamanlarda veya aynı zamanda fakat farklı odalarda gerçekleştirilebileceği gibi iki ayrı ülkede de gerçekleştirilebilir. Bir arabuluculuk sürecinin hem doğrudan hem de dolaylı arabuluculuğu birlikte içerebilmesi mümkündür. Arabulucu bu süreci, her iki taraf bakımından eşzamanlı olarak yürütebileceği gibi bunun yanı sıra her bir tarafla ayrı görüşerek toplantılar da yapabilir. Kılavuz, tüm bu hâllerde modern haberleşme yollarının yardımcı olarak kullanılabilmesinin mümkün olabileceğini düzenlemiştir⁵⁶.

Arbuluculuk sürecinde modern haberleşme yollarının kullanılmasının katkı sağladığı aşikâr olmakla birlikte, birtakım sorunları da beraberinde getirebileceğini göz ardı edemeyiz. Örneğin, uluslararası çocuk kaçırma uyuşmazlığında uyuşmazlığın tarafı olan ebeveynlerin biri veya her ikisi teknoloji kullanma imkânına sahip olmayabilir. Taraflar, buldukları yerdeki altyapı yetersizliği nedeniyle bu imkâna sahip olamayabilirler veyahut teknoloji kullanımı konusundaki bilgi eksikliği nedeniyle bu imkânı kullanamayabilirler. Teknolojinin kullanılması, tarafların iletişimi zorlaştırabileceği gibi arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gizlilik ve eşitlik ilkelerine ilişkin taraflarda endişe yaratabilir.

⁵⁵ HCCH, Part V-Mediation, s. 33 p. 80 ayrıca bkz. HCCH, Part V-Mediation, s. 51-52 p. 172.

⁵⁶ Terminoloji için bkz. HCCH, Part V-Mediation, s. 9.

Çocukların iadesine veya ziyaret hakkının tesisine yönelik ebeveynler arasında çıkan uyuşmazlıkların Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında online arabuluculuk ile çözümlenmesinin yararlı ve mümkün olup olmadığı hakkında bir değerlendirme yapılabilmesi için öncelikle aynı ortamda yüz yüze gerçekleştiren arabuluculuğun doğurabileceği bazı sorunlar üzerinde durulmalıdır. Bu sorunları çözmek amacıyla online arabuluculuk sürecinin doğduğu dikkate alındığında bunların incelenmesi yararlı olacaktır. Bu nedenle bu başlık altında öncelikle bu sorunlar incelenecek, daha sonra da online arabuluculuk süreci nedeniyle ortaya çıkabilecek muhtemel sakıncalar üzerinde durulacaktır.

A. Yüz Yüze Arabuluculuk Sürecinin Doğurduğu Bazı Sorunlar

Teknolojinin gelişmesi ile arabuluculuk sürecinin online olarak yürütülüp yürütülemeyeceği konusu gitgide önem kazanmaktadır. Arabuluculuk müzakerelerinin aynı ortamda yüz yüze yürütülmesinden kaynaklanan olası sorunların bertaraf edilebilmesi için online arabuluculuk yönteminin kullanılması gerektiğine yönelik görüş daha sıklıkla zikredilmeye başlanmıştır. Bu görüş doğrultusunda yüz yüze arabuluculuk sürecinin doğurabileceği bazı sakıncaların önlenmesi ve sürecin daha hızlı, ekonomik ve tarafların katılımıyla gerçekleşebilmesini sağlamak için öğretilerde⁵⁷ ve İyi Uygulama Kılavuzunda online iletişim araçlarının kullanılması teklif edilmektedir. Uygulamada da arabulucular, uyuşmazlıkların online çözümünü arabuluculuk tekniği olarak gün geçtikçe daha fazla kullanmaktadırlar. Online uyuşmazlık çözümü başlangıçta sadece e-ticaret anlaşmazlıkları için bir araç olarak tanıtılmıştır⁵⁸. Günümüzde ise velayet uyuşmazlıkları da dâhil birçok aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkta da giderek önemli ve kullanılabilir hale gelmiştir⁵⁹.

Kılavuzda her ne kadar online iletişim araçları ile arabuluculuk sürecinin işletebilmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmemiş olsa da birçok başlık altında bu konuya değinilmiş ve somut olayın özelliğine bağlı olarak bu yolun kullanılmasının bir seçenek olarak düşünülebileceğinin altı çizilmiştir. Kılavuz bu durumu “uzak mesafeli arabuluculuk” olarak nitelendirmiş, yüz yüz arabuluculuk oturumunun yapılmasının uygun veya mümkün

⁵⁷ **Cunha**, Elizabeth: “The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases.”, Conn. J. Int'l L. 2008, vol. 24, no. 1, s. 173 vd.; **Martin**, s. 399-400.

⁵⁸ Bkz. **Cunha**, s. 171 vd.

⁵⁹ **Martin**, s. 400.

olmadığı durumlarda uzak mesafeli arabuluculuğun bir seçenek olarak düşünülebileceğini düzenlemiştir. Teknolojinin yardımıyla yüz yüze sanal görüşmelerin çok daha kolay bir şekilde gerçekleştirilebileceğini ileri süren Kılavuz, coğrafi alanın genişliğinden ötürü ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi adına Avustralya gibi bazı devletlerde telefon, video bağlantısı ve internet üzerinden uzak mesafeli arabuluculuk hizmetlerinin kullanıldığını ve bu hizmetlerin hızlı bir gelişim kaydettiğini ifade etmiş ve taraf devletlere bu yolu tamamlayıcı bir yol olarak önermiştir⁶⁰.

Tarafların aynı ortamda bulunduğu yüz yüze arabuluculuk yöntemi, birçok durumda önemli sorunlara yol açabilecektir. Bu sorunlardan en önemleri, arabuluculuk süresinin uzayabilmesi, arabuluculuk masrafların özellikle arabuluculuğun gerçekleştirildiği ülkeye gelecek olan ebeveyn bakımından yüksek olabilmesi, ebeveynin arabuluculuğun gerçekleşeceği ülkeye girişinin belirli sebeplerle mümkün olmaması, ebeveynlerin aynı ortamda bulunmalarından kaynaklanan iletişim sorunları ve aile içi şiddet olaylarını içeren çocuk kaçırma olayları bakımından şiddete uğrayan ebeveynin iletişim zorluğu çekme ihtimâlidir.

1. Süre

Sözleşmenin amacı, çocuğun üstün menfaatini korumak olduğundan sürecin ivedi olarak sona erdirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Sözleşme, taraf devletlerin yetkili adli veya idarî makamlarını mümkün koşullar dâhilinde en hızlı şekilde hareket etmekle yükümlü kılmıştır. Sözleşme m. 2'de bu konu öncelikle düzenlenmiş, bu madde uyarınca Sözleşme, taraf devletlere, ülkelerinin sınırları içinde, Sözleşmenin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri alma ve bu amaçla, en süratli usullere başvurmakla yükümlülüğü getirmiştir.

Çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu ülkenin bir süre sonra onun mutad meskeni haline gelmemesi için Sözleşmenin hazırlayıcıları, iade işlemlerine ilişkin olarak Sözleşmede süre sınırlaması getirmişlerdir⁶¹. Sözleşme m. 11 uyarınca tüm taraf devletlerin adli ve idarî makamları, çocuğun mutad meskenine iadesi için en kısa zamanda girişimde bulunmak zorundadırlar (1. f.). Çocuğun iadesine yönelik başvuruda bulunulan adli veya idarî makam, müracaattan itibaren altı hafta içinde talep hakkında karar vermedir. İncelemeyi yapan adli veya idarî makam tarafından altı hafta içinde karar verilmezse talep eden veya talep edilen devletin merkezî makamı kendi

⁶⁰ Bkz. HCCH, Part V-Mediation, s. 51 p. 172.

⁶¹ Pérez-Vera, s. 457 p. 104.

girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteyebilir. Cevap, talep edilen devletin merkezî makamına gelir ise, bu makamın, cevabı, talepte bulunulan devletin merkezî makamına veya icabında müracaat sahibine intikal ettirmesi gereklidir (2. f.). Görüldüğü üzere Sözleşmede ilgili makamın çocuğun iadesine yönelik başvuruyu sonuçlandırması için altı haftalık bir süre öngörülmüş, ancak maddenin devamında bu süreye ilişkin düzenlemenin emredici olmadığına yönelik açıklamalarda bulunulmuştur. Altı haftalık süreye uyulması uygulamada zor olsa da bu hüküm, taraf ülkelerin yetkili makamlarını azamî süreye uyulabilmesine yönelik düzenlemeler yapma konusunda teşvik etmektedir⁶².

Sözleşme m. 11 ile müracaatta bulunulan makama verilen altı haftalık süre, arabuluculuk sürecinin işletilmesi bakımından da geçerlidir ve bu süreye uyulması konusunda özen gösterilmesi gerekmektedir. Arabuluculuk yöntemi ile başarı sağlamak için altı haftalık sürenin yeterli olmayabileceği konusunda endişe duyulabilir. Bu noktada arabuluculuk yönteminin uygulanmasının çocuğun iadesi sürecini önemli bir ölçüde geciktirmemesi gerekmektedir. Eğer geciktiriyorsa arabuluculuk yönteminin uygulanmaması gerekmektedir⁶³. İade sürecinde kısa süreli bir gecikme yaşanması ise arabulu-

⁶² Pérez-Vera, s. 458 p. 105; Türk hukukunda da altı haftalık süreye mümkün olduğunca uyulabilmesi, çocuğun mutad meskenine iadesi konusunda ivedilikle karar alınabilmesi için düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeleri konu alan 5717 s. Kanun'un uygulanmasından doğan tüm dava ve işler basit yargılama usulüne göre öncelikle ve acele görülür (m. 9). Adli tatilde de müracaat görülmeye devam eder (m. 16). Kanun, basit yargılama usulünü kabul ettiği için delillerin ilk celsede incelenmesi ve tek celsede davanın bitirilmesi gerekir. Davayla ilgili önemli bir eksiklik varsa ve bu eksiklik davanın uzamasına sebep oluyorsa bu durum merkezî makama bildirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına yazılmalıdır.

⁶³ Sözleşmenin uygulanmasına yönelik özel komisyonunun kararları ve tavsiyelerinde arabuluculukta altı haftalık süreye uyulması gerektiği ve çocuğun iadesini önemli ölçüde geciktirmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bkz. Conclusions and Recommendations of the fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006) *adopted by the Special Commission* <https://assets.hcch.net/upload/concl28sc5_e.pdf> (Erişim: Ocak 2021), s. 7, Part III, No. 1.3.1/1.11; Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011) *drawn up by the Permanent Bureau* <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>> (Erişim: Ocak 2021), s. 23 No. 48, ayrıca bkz. Conclusion and Recommendation *adopted by the 2011*

culuğun uygulanmasını engellemeyecektir. İvedilik arabuluculuğun önünde bir engel olarak görülmemelidir⁶⁴.

İyi Uygulama Kılavuzunda uluslararası kaçırma olaylarında arabuluculuğun süratle işlemesi gerektiğine ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Buna göre arabuluculuğun ve diğer dostane çözüm yöntemlerinin kullanım olanağının mümkün olduğunca erken bir aşamada sağlanması, ebeveynlerin arabuluculuk olanağından en erken şekilde haberdar edilmesi gerekmektedir⁶⁵. Arabuluculuk dava öncesi aşamayla da sınırlı değildir. Tenfiz aşaması⁶⁶ da dâhil tüm yargılama süreci boyunca bu yola başvurulabilmesi elverişli kılınmalıdır. Kaçırıldığı yerde kalacağı zamana bağlı olarak çocuk o yerle sosyal bütünleşme sağlayacağından kaçırma olaylarında zaman, çocuğu kaçıran veya alıkoyan ebeveyn lehine işlemektedir. Dolayısıyla arabuluculuğun çocuğu kaçıran ebeveyn tarafından bir geciktirme taktiği olarak kullanılmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. İade davasının başlatılması ve gereken hallerde bu davanın arabuluculuk süresince durdurulması Kılavuzda “*fyadali bir tedbir*” olarak nitelendirilmiştir⁶⁷. Uluslararası çocuk kaçırma davaları bakımından arabuluculuk sürecinin süratle işleye-

Special Commission (Part I), Annex 1, s. ii, No.15; 2017 yılı özel komisyonu kararları ve tavsiyelerinde özel komisyonu, taraf bazı devletlerin çocuğun iade sürecinde yaşanan gecikmelerin azaltılması konusunda gelişme kaydettiğini kabul etmekle birlikte devletlerin arabuluculuk da dâhil bazı prosedürlerini, Sözleşme'nin 2. ve 11. maddelerine uygun süre aralığının güvence altına alınması amacıyla gözden geçirmeye davet etmiştir. Bkz. Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (10-17 October 2017) Conclusions and Recommendations *adopted by the Special Commission*, <<https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf>> (Erişim: Ocak 2021), s. 2, No. 4.

⁶⁴ Altıntaş, s. 57.

⁶⁵ Arabuluculuk müteakip bir çocuk kaçırma olayının engellenmesi bakımından aile uyumsuzluklarının ilk aşamasında önleyici tedbir olarak da taraflara sunulabilir. Bu durum özellikle ebeveynlerin ayrılmasından sonra birinin başka bir ülkeye taşınma düşüncesinde olduğu hallerde önemini göstermektedir. Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında “*Önleyici Tedbirleri*” konu olan İyi Uygulama Kılavuzu için bkz. HCCH: “Part III-Preventive Measures”, Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction <<https://assets.hcch.net/docs/873c5efa-21a0-4108-9257-422123933618.pdf> > (Erişim: Ocak 2021).

⁶⁶ Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında “*Tenfizi*” konu olan İyi Uygulama Kılavuzu için bkz. HCCH: “Part IV-Enforcement”, Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction <<https://assets.hcch.net/docs/49dc30cf-79cb-42ae-af36-dd2fc20bb11e.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).

⁶⁷ HCCH, Part V-Mediation, s. 42 p. 122.

bilmesi ve gecikmelere neden olmaması için arabuluculuk olanağı hakkında taraflar mümkün olduğunca erken bilgilendirilmelidir. Bu noktada sürecin hızlandırılmasında merkezî makamların rolü de çok değerlidir. Sınır ötesi ailevî uyuşmazlıkta taraflardan biri veya her ikisinin destek istemesi halinde mevcut olan uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk hizmetleri ile bilgiyi, Sözleşme kapsamındaki başvuru usullerine ilişkin bilgilere ek olarak en kısa sürede temin etmeli ve taraflara sunmalıdır. Taraflar, arabuluculuk yolu ile uyuşmazlığın çözümünü konusunda anlaştıklarında arabuluculuk süreci ile iade davasının birbirine ile paralel şekilde yürütüleceği hususunda merkezî makamlar taraflara ayrıca bilgi vermelidir. İade davasını yürüten mahkemeler de elverişli olan ve uygun görülen hallede tarafların arabuluculuk yoluna başvurulabilme ihtimâlini değerlendirmelidir. Ancak mahkeme tarafları arabulucuya sevk ettiğinde süreleri de dikkate alması gerekmektedir. Örneğin hâkim, uygulanacak usul hukuku kuralları çerçevesinde yargılamayı kısa süre tehir edebileceği gibi bir sonraki duruşma tarihini makul bir süre olmak kaydıyla örneğin iki ilâ dört hafta içinde sonuçlanması plânlanan arabuluculuk sürecinin bitiminden sonraki bir tarih olarak tayin edebilir. Arabuluculuk sürecinin hızlı işleyebilmesi, arabuluculuk hizmetlerinin arabuluculuk oturumlarının kısa vadede plânlanmasını öngörmesine de bağlıdır. Mahkeme dışı arabuluculuk hizmetleri ise doğrudan mahkeme ile bağlantılı olmayan arabulucular veya arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlar tarafından yürütülen arabuluculuk hizmetleridir. Mahkeme dışı arabuluculuk bakımından sürecin hızlı bir şekilde yürütülmesi ve sona erdirilebilmesi için arabulucuların ve arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşların merkezî makamlarla ve mahkemelerle sıkı bir iş birliği içinde olması gerekmektedir⁶⁸.

Sözleşme hükümlerinden de anlaşıldığı üzere çocuğun iade sürecine yönelik ivedi hareket etme yükümlülüğü, çocuğun korunması bakımından hayati rol oynamaktadır. Kaçırılan veya alıkonulan çocuğun bir süre sonra bulunduğu ülkedeki hayat ilişkisine alışabileceği, yeni çevresine uyum sağlayarak eski yaşadığı yere yani mutad meskenine dönme konusundaki isteğinin azalabileceği ihtimâlini göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Arabuluculuk sürecinin ve buna bağlı olarak iade süresinin uzaması nedeniyle çocuk, bulunduğu yerde sosyal ortamını kurduktan sonra onun iadesine karar verilirse çocuğun üstün menfaatine aykırı davranılmış olunacaktır. Tarafların mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması, uluslararası çocuk kaçırmaları olaylarına ilişkin aynı ortamda yüz yüze gerçekleştirilen arabuluculuk

⁶⁸ Arabuluculuk sürecinin hızlı işleyebilmesi bakımından merkezî makamların rolü için bkz. **HCCH**, Part V-Mediation, s. 42 p. 123 vd; Mahkemelerin rolü için bkz. **HCCH**, Part V-Mediation, s. 44 p. 129 vd.

süresini uzatan en önemli etkidir. Yüz yüze gerçekleştirilen arabuluculuk süresinin uzun olması çoğu zaman çocuğun iadesi süreci ile ilgili karara varılmasını geciktirmektedir.

2. Masraf

Arabuluculuk masraflarının bu yolun kullanımını önünde bir engel ve caydırıcı bir faktör oluşturmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Arabuluculuk süreciyle bağlantılı olan masraf yükü, tarafların bu yolu deneme konusunda isteklerini etkileyen unsurlardan biridir. Çünkü arabuluculuk masrafları, bazı hallerde ebeveynlere ciddi anlamda mali yük getirmektedir. Arabuluculuk masrafları, uyuşmazlığın arabuluculuğa uygunluğuna dair ön değerlendirme masraflarını, arabulucu ücretlerini, seyahat masraflarını, arabuluculukla bağlantılı masrafları⁶⁹, arabuluculuğun yapılacağı görüşme odalarının kira masraflarını, muhtemel tercüme ücretlerini veya katılan diğer uzmanlarının ücretlerini ve muhtemel hukukî temsil masraflarını içerebilmektedir⁷⁰. Kılavuz, coğrafi mesafeler nedeniyle arabuluculuğun yüz yüze ayarlanmasının bazı durumlarda oldukça masraflı olacağını belirtmiş; bu nedenle de devletlere, uluslararası çocuk kaçırma olaylarında arabuluculuk yolunun kullanılmasına yönelik adli yardım sağlanması için değerlendirme yapmalarını önermiştir. Birçok ülkede arabuluculuk ücretlerine ilişkin yasal bir kısıtlama yer almamaktadır. Buna karşı çocuk kaçırma olaylarında arabuluculuğun teşvik edilmesinin yararlarını gören bazı devletler ise bu olaylar bakımından arabuluculuğu ücretsiz şekilde sunmuşlar⁷¹ veya adli yardım sistemlerini arabuluculuğa da açık kılmışlardır⁷². Masraf yükü konusunda doğru bir değerlendirme yapılabilmesi açısından ebeveynlere arabuluculukla bağlantılı tüm muhtemel harcamalar hakkında ayrıntılı ve açık bilgiler sunulması ve bu bilgilerin arabuluculuktan önce yazılı olarak ortaya konulması Kılavuzda tavsiye edilmektedir⁷³.

⁶⁹ Bu masraflara, arabuluculuk ücretlerine ve arabuluculukta varılan anlaşmanın ilgi arz eden tüm hukuk sistemlerinde bağlayıcı kılınmasını için ödenen ücretler ve bağlantılı diğer muhtemel masraflar örnek gösterilmektedir. Bkz. **HCCH**, Part V-Mediation, s. 50 p. 163.

⁷⁰ **HCCH**, Part V-Mediation, s. 49 p. 158.

⁷¹ Örneğin Danimarka, Fransa (merkezî makam aracılığıyla düzenlenen arabuluculuk), İsrail (mahkemelerin yardım birimleri aracılığıyla arabuluculuk), Norveç ve İsveç (arabulucuyu mahkeme görevlendirirse), bkz. **HCCH**, Part V-Mediation, s. 49 p. 161 dn. 201.

⁷² Örneğin, Birleşik Krallık (İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda), Hollanda, Arjantin, İsrail, İsviçre ve Slovenya bkz. **HCCH**, Part V-Mediation, s. 49 p. 161 dn. 201.

⁷³ **HCCH**, Part V-Mediation, s. 50 p. 164-165.

Uluslararası çocuk kaçırılmaları bakımından masraflar, taraflar için bu kadar önemliken yüz yüze arabuluculuk yöntemi, çoğu zaman arabuluculuk masraflarını daha da arttırmaktadır. Özellikle de ebeveynlerden biri için masraflar, arabuluculuk sürecinin devam edeceği yere bağlı olarak diğer tarafa nazaran daha da artabilmektedir. Arabuluculuk sürecinin devam edeceği yer, genellikle çocuğun o an bulunduğu yer olan kaçırıldığı veya alıkonduğu ülkedir. Arabuluculuk oturumlarının çocuğun kaçırılmış olduğu ülkede yapılmasının çeşitli yararları bulunmaktadır. Böyle bir durumda, geride kalan ebeveyne çocuğun kaçırıldığı ülkede kaldığı süre içerisinde çocukla geçici olarak temas kurmasını sağlayan bir anlaşmanın yapılabilmesi imkânı sağlanacak ve yapılacak bu anlaşma da arabuluculuk sürecine olumlu etki edebilecektir. Ayrıca bu sayede arabuluculuk süreci ile Sözleşme kapsamında açılan dava arasındaki bağlantı kolaylaşmaktadır. Yüz yüze arabuluculuk oturumlarının geride kalan ebeveynin bulunduğu yani çocuğun ayrıldığı ülkede yapılması uygulamada birtakım sıkıntılara da yol açabilmektedir. Çocuğu kaçıran ebeveynin bu ülkede ceza hukuku kapsamında kovuşturmayla uğraması ihtimâli mevcut olduğu gibi yanında kendisinin bulunmadığı hâllerde çocuğu üçüncü bir şahsa bırakmak konusunda tereddüt edebilir⁷⁴. Ayrıca üçüncü tarafsız bir ülkede yüz yüze arabuluculuk görüşmelerinin istisnâî durumlarda yapılabileceği düşünülebilir. Ancak bu gibi bir durumda da birçok masraf kalemi ve seyahat engeli gibi hususlar her iki taraf bakımından da çıkacaktır⁷⁵.

Çocuğun kaçırıldığı yerin arabuluculuk yeri olarak seçilmesi, geride kalan ebeveyn bakımından birçok açıdan olduğu gibi mali açıdan da sıkıntı yaratmaktadır. Böyle bir halde çocuğun yanında tutan taraf, sürecin gerçekleşeceği yerde olduğundan mali açıdan diğer tarafa oranla daha avantajlıdır. Arabuluculuğun yüz yüze gerçekleştirileceği yer olan çocuğun bulunduğu ülkeye gelmek zorunda olan ebeveyn, ulaşım masrafı ile karşı karşıya kalacaktır. Ayrıca geldiği ülkede konaklama, yemek, ülke içi ulaşım gibi masrafları da olacaktır. Çocuğun bulunduğu ülkeye gelen taraf, bu ek masrafların yanında, uyuşmazlığın tüm taraflarını ilgilendiren diğer bazı masraflara da katılacaktır. Buna arabuluculuğun gerçekleştirileceği mekânın kiralanması örnek olarak gösterilebilir⁷⁶.

⁷⁴ HCCH, Part V-Mediation, s. 51 p. 168-169.

⁷⁵ HCCH, Part V-Mediation, s. 51 p. 170.

⁷⁶ Altıntaş, s. 84.

3. Arabuluculuk Oturumlarında Fiziksel Olarak Tarafların Bulunmasının Mümkün Olmadığı Hâller

Yüz yüze arabuluculuk sürecine dâhil olmak uluslararası çocuk kaçırma olaylarının kendine özgü bazı özellikleri nedeniyle uygulamada her zaman kolay değildir. Uluslararası anlamda çocuk kaçırma olayları bakımından çözülmesi gereken temel sorun, yabancı unsurlu boşanma veya ayrılık hâllerinde ebeveynleri farklı vatandaşlığa sahip olan çocuğun hangi taraf yanında hayatını sürdüreceğidir. Uluslararası çocuk kaçırmaların temel nedeni, farklı vatandaşlığa sahip olan ebeveynlerin din, dil, yaşam tarzı ve kültürlerinin farklı olması ve her birinin çocuğuyla vatandaşlığının tâbi olduğu ülkede yani doğduğu, büyüdüğü, hayat ilişkilerini kurduğu ülkede yaşamak istemesidir. Yüz yüze arabuluculuk, genellikle çocuğun kaçırıldığı veya alıkondduğu ülkede gerçekleştirileceğinden çocuğun iadesi için başvuran ebeveyn çoğu zaman arabuluculuğun gerçekleştirileceği ülke vatandaşı olmayabileceğinden vize gibi ülkeye giriş koşullarını sağlaması gerekecektir. Çocuğun iadesini talep eden ebeveynin arabuluculuğun yüz yüze gerçekleştirileceği ülkeye giriş koşullarını sağlayamaması, sürecin işletilmesinde sorun yaratacaktır⁷⁷.

Kılavuzda da bu konuya ayrıca değinilmiş, uluslararası aile uyuşmazlıklarında vize ve göçmenlik meselelerinin taraflara ekstra zorluklar yüklediğine ilişkin değerlendirmede bulunulmuştur. Uluslararası aile uyuşmazlıklarında dostane çözüm yöntemlerinin teşviki amacıyla devletlere bazı tedbirlerin alınması konusunda önerilerde bulunulmuştur. Kılavuz, geride kalan ebeveynin çocuğun kaçırıldığı ülkede gerçekleştirilecek arabuluculuk oturumlarına veya davaya katılabilmesi veyahut çocuğu kaçıran ebeveynin aynı nedenlerle çocuğun mutad meskeni devletine yeniden giriş yapabilmesi için gerekli seyahat belgelerinin teminini sağlayacak tedbirlerin taraf devletlerce alınmasını önermiştir. Bu amaçla merkezî makamlar, bu konuda ebeveynlere bilgi ve tavsiye sunabilir veya gerekli olan seyahat belgelerinin süratle temin edilmesine yardımcı olabilir⁷⁸.

4. Ebeveynler Arasında Doğabilecek İletişim Sorunları ve Aile İçi Şiddet Unsuru

Arabuluculuk müzakerelerinin yüz yüze yürütülmesi esnasında tarafların aynı ortamda bulunması özellikle uluslararası çocuk kaçırma uyuşmazlıkları bakımından iletişim sorunlarına yol açmaktadır. İletişim sorunlarının

⁷⁷ Altıntaş, s. 84.

⁷⁸ HCCH, Part V-Mediation, s. 33 p. 82 vd.

doğması muhtemeldir. Çünkü çocuk kaçırma eyleminin temelinde çeşitli saikler yatmaktadır. Ebeveynlerinden her biri çocuğu, sadece kendi çocuğu olarak kabul edip onu kendi yanından ayırmak istemeyebilir. Kaçırma eylemi, çocuğa karşı duyulan aşırı sevgiden, onu yeterince görememe korkusundan veyahut bencillikten kaynaklanabilir. Bu eylem, diğer ebeveyne karşı kin ve intikam duygusu ile sırf çocuğu ona göstermemek ve ondan koparmak amacıyla da gerçekleştirilebilir. Bu ihtimâllerden de anlaşılabilceği gibi çocuğu kaçıran ebeveyn genellikle karmaşık duygular içindedir. Çocuğu kaçıran ebeveynin de kaçıran ebeveyne karşı iyi duygular beslediğinden bahsedilebilmesi mümkün değildir. Yüz yüze arabuluculuk yöntemi kullanılırken aynı ortamda bulunan ve çoğu zaman birbirlerine karşın iyi duygular beslemeyen ebeveynlerin arasında iletişim problemleri çıkma ihtimâli yüksektir.

Çocuk kaçırmaya dair uyuşmazlıklarda yüz yüze arabuluculuğun gerçekleşmesi çoğu zaman güçken bu olay ayrıca aile içi şiddet unsurunu da barındırıyorsa güvenlik sorunu da bu güçlüğe eklenecek ve süreç daha da zorlaşacaktır. Şöyle ki, aile içi şiddet unsurunu içinde barındıran çocuk kaçırma olaylarında öncelikle somut olayın arabuluculuk sürecine uygun olup olmadığı konusunda titiz bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu hususu değerlendiren kişinin de buna uygun bir şekilde eğitilmesi gerekmektedir. Çocuk kaçırma olayında aile içi şiddet suçlaması olmasa dahi bu ihtimâlin olabileceği göz önünde bulundurulmalı ve buna göre değerlendirme yapılmalıdır. Bu durumda arabulucu, aile içi şiddete ve/veya gelecekteki şiddet yaşanma riskine yönelik belirtileri fark edebilmeli ve gerekli tedbir ve önlemleri almaya hazır olmalıdır⁷⁹.

Arabuluculuk, aile içi şiddet mağdurları başta olmak üzere, aile üyeleri ve arabulucu dâhil hiç kimsenin hayatını ve güvenliğini tehlikeye atmamalıdır. Dolayısıyla aile içi şiddet unsurunu içinde barındıran çocuk kaçırma olayları bakımından yüz yüze arabuluculuk sürecinin işletilmesi ancak herkesin güvenliğin sağlanabilmesi halinde mümkün olmalıdır. Somut olayın koşullarına bağlı olarak Devlet makamlarından da yardım istenebilmelidir. Adli ve idarî makamlarla sıkı iş birliğinin yürütülmesi, güvenlik risklerinin önlenmesine yardımcı olacaktır. Kılavuzda güvenliğin sağlanmasına ilişkin bazı önerilerde bulunulmuştur. Örneğin bazı olaylarda tarafların refakatçisiz bir şekilde görülme riskinin engellenmesi yeterli olabilir. Bu halde tarafların arabuluculuk mekanına giderken yolda karşılaşma ihtimâlini önlemek için mekâna ayrı ayrı gelmeleri ve gitmeleri konusunda düzenleme yapılabilir.

⁷⁹ HCCH, Part V-Mediation, s. 76 p. 275, ayrıca bkz. s. 77 p. 281.

Arabuluculuk oturumunun gerçekleştirildiği odaya acil durum düğmesi yerleştirilebilir. Tarafların süreç esnasında yalnız bırakılmaması gerekmektedir. Eş arabuluculuk kullanımı tercih edilebilir. Mağdur açısından güven oluşturmak ve ortaya çıkabilecek gerginlikleri bertaraf edebilmek için iki tecrübeli arabulucunun varlığı temin edilebilir. Bu hâlde arabuluculardan birinin herhangi bir sebeple oturumdan ayrılması gerekirse bu sayede tecrübeli bir arabulucunun taraflarla birlikte kalması sağlanacaktır. Uygun durumlarda avukat veya destek sağlayıcı gibi başka kişilerin varlığının da değerlendirilebilmesi söz konusu olabilir⁸⁰. Bu gibi tedbirlerin alınmasını tek başına yeterli görmeyen Kılavuz, taraflar arasındaki eşit olmayan pazarlık güçleri nedeniyle arabuluculuğun zarar görmemesi için tedbirler alınmasını da ayrıca önermiş; sürecin özel eğitim almış tecrübeli arabulucular vasıtasıyla yürütülmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu niteliklere sahip olan arabulucular, süreci her somut olayın güçlüklerine adapte edebilecektir. Ayrıca süreç sonunda ortaya çıkan anlaşmanın uygulanmasıyla bağlantılı güvenlik meseleleri de dikkate alınmalıdır⁸¹.

Görüldüğü üzere arabuluculuk müzakerelerinin aynı ortamda yüz yüze yürütülmesi uygulamada farklı sorunları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle ortaya çıkabilecek muhtemel sorunların çözümünde online arabuluculuğun uygulanabileceğine yönelik görüşün değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak online arabuluculuğun da kendine özgü bazı sorunları beraberinde getirebileceği kabul edilmektedir.

B. Online Arabuluculuk Sürecinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında çocuk kaçırma olaylarına ilişkin arabuluculuk müzakerelerinin online iletişim araçları ile yürütülmesinin bazı sıkıntıları da beraberinde getirdiği ileri sürülmektedir. Bu konuda getirilen temel eleştiriler, teknolojinin ebeveynlerce kullanımının her zaman mümkün olmaması, teknolojinin kullanılmasından doğan iletişim güçlüğü, gizlilik ve eşitlik ilkesinin korunmasına yönelik endişelerden kaynaklanmaktadır.

1. Teknolojinin Ebeveynlerce Kullanılmasının Mümkün Olmaması

Teknolojinin arabuluculukta kullanılmasının temel dezavantajlarından biri, ebeveynlerin çeşitli nedenlerle teknolojiyi kullanma imkânlarının olmamasıdır. Örneğin, ebeveynlerin buldukları ülkede teknolojiye ulaşabil-

⁸⁰ HCCH, Part V-Mediation, s. 76 p. 277.

⁸¹ HCCH, Part V-Mediation, s. 77 p. 279.

meleri mümkün olmayabilir veya teknolojiyi kullanmak masraflı olabilir. Teknolojiyi kullanma konusunda ebeveynlerin eğitimleri yeterli olmayabileceği gibi kültürel algı nedeniyle teknoloji kullanımından kaçınılabılır⁸². Bu gibi durumlar, arabuluculuk müzakerelerin online yürütülmesini engellemektedir.

2. Teknolojinin Kullanılmasından Doğan İletişim Güçlüğü

Arabuluculuk sürecinde iletişimin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Uygulamada arabulucuların çoğunluğu online arabuluculuk sürecinden kaynaklanabilecek iletişim güçlüğüne dikkate almakta ve bu süreç yerine yüz yüze arabuluculuk sürecini tercih etmektedir. Yüz yüze arabuluculuğun, etkili bir arabuluculuk sürecinin sağlanabilmesi için çok önem arz ettiği kabul edilerek online arabuluculuk süreci eleştirilmiştir⁸³. Arabulucular, yüz yüze arabuluculuk süreci ile tarafların vücut dillerini ve sözlü cevaplarını gözlemleyebildiklerini ve bu sayede onların duygularını ve algılarını daha rahat anlayabildiklerini ve bunun da yüz yüze arabuluculuğun seçiminde önemli bir neden olarak gördüklerini beyan etmişlerdir⁸⁴. Ayrıca, müzakereler sırasında teknolojinin kullanımı, video veya telefon konferansı aracılığıyla görüntü aracılığıyla veya sadece sesli iletişim şeklinde değil de metin tabanlı yürütülüyorsa ortaya daha da önemli sorunların çıkabileceğine yönelik eleştiriler getirilmiştir. Müzakerelerin mesaj ya da e-posta yolu ile yürütülmesi esnasında duyguların gösterilmesi amacıyla dijital karakterler kullanıldığı, dijital karakterlerin ise duyguların aktarılması için her zaman yeterli olamayabileceği endişesi ileri sürülmektedir. Müzakereler sırasında sadece metin tabanlı iletişimin kurulması halinde ebeveynlerin jest ve mimiklerinin arabulucu tarafından hiç gözlemlenmemesi bu sonuca yol açmaktadır⁸⁵. Müzakerelerin metin tabanlı yürütülmesine tarafların alışkın olmama ihtimâlini dikkate alan bu anlayış, süreçte tarafların stres ve baskı duyabileceklerini ve kendilerini tam anlamıyla ifade edemeyeceklerini ileri sürülmektedir. Böyle bir durumda ise ortaya boşluklar çıkabilecek ve tarafların eski deneyimlerine dayanarak ön yargılı bir şekilde ortaya çıkan bu boşlukları doldurulma ihtimâli ile karşılaşılacaktır. Bunun yanında online iletişim araçlarının kullanımını sürecinde tarafların kendini olduğu gibi değil

⁸² **Martin**, s. 403.

⁸³ Bkz. **Cunha**, s. 173, 176.

⁸⁴ **Cunha**, s. 174; **Martin**, s. 400.

⁸⁵ **Kucinski**, Melissa A.: "The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases.", J. Disp. Resol. 2010, vol. 2010, no. 2, s. 316; **Martin**, s. 403-404.

de çok farklı olarak gösterme ihtimâlinin olması da endişe duyulan bir başka husustur⁸⁶.

3. Gizlilik İlkesinin Korunmasına İlişkin Endişelerin Olması

Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, kişisel ve son derece duygusal bilgiler içerdiği için ebeveynlerin arabulucuya güven duymaları gerekmektedir. Online arabuluculuk sürecinde arabuluculuğun temel ilkelerinden biri olan gizlilik ilkesinin ihlâl edilebileceğine yönelik endişeler ileri sürülmüştür. Aynı ortamda gerçekleştirilen yüz yüze arabuluculuk sürecinde arabulucunun aldığı notlar dışında fiziki bir kayıt oluşturmazken, online arabuluculuk elektronik bir kayıt oluşturmaktadır. Gizlilik ilkesinin ihlâlî riski, online arabuluculuk sürecinde potansiyel bir risktir. Örneğin, taraflardan biri diğer tarafın e-postalarını kolayca onun bilgisi olmadan yazdırabilir, başkalarına gösterebilir veya dağıtabilir. Bu potansiyel risk de online arabuluculuk süreci bağlamında hem güven ortamını zedeleyebilir hem de taraflar arasındaki müzakerelerin açık ve dürüst devam etmesini engelleyebilir. Dahası taraflardan birinin ifadesinin elektronik bir kayıta saklanması, arabulucunun bu ifadeyi yumuşatmasını, daha ılımlı veya olumlu hale getirmesinin önüne engel oluşturmaktadır. Sözlerin unutulması kolaydır. Ancak kayıt mevcutsa tarafların kayıtlara daha sonra erişebilme imkanları hep vardır⁸⁷.

4. Eşitlik İlkesinin Korunmasına İlişkin Endişelerin Olması

Arbuluculuk uygulamalarında süreç genellikle çocuğun bulunduğu yer olan kaçırıldığı ülkede gerçekleşmektedir. Bu sebeple online arabuluculuk sürecinde çocuğu kaçırın veya alıkoyan ebeveyn ile arabulucu aynı ülkede yer alacak, diğer ebeveyn ise farklı bir ülkede bulunacaktır. Bu durumda ebeveynlerden biri arabulucu ile yüz yüze aynı mekânda bulunurken diğeri ise online iletişim araçlarını kullanarak sürece katılabilecektir. Bu durum, uzakta olan tarafı eşitlik ilkesinin tesisi noktasında endişeye sevk etmektedir. Arabulucunun yanında bulunan tarafı destekleyebileceği konusunda oluşan endişe, süreci olumsuz etkileyecektir. Böyle bir durumda uzaktan katılan taraf, duyabileceği endişe nedeniyle suskun kalabileceği gibi materyal, e-posta, faks ve hikayesini açıklayan diğer iletişim yöntemlerini sürekli olarak kullanarak yokluğunu telafi etmek de isteyebilir. Bu durumun sürece zarar verebileceği konusunda endişeler mevcuttur⁸⁸. Aile içi şiddet iddiası içeren çocuk kaçırma uyuşmazlıklarının eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle arbu-

⁸⁶ Bkz. **Kucinski**, Using Technology in Mediating, s. 315; **Altıntaş**, s. 88.

⁸⁷ **Cunha**, s. 177.

⁸⁸ **Kucinski**, Using Technology in Mediating, s. 316; **Altıntaş**, s. 89.

luculuk sürecine uygun olmayabileceği yolundaki görüşten hareket edildiğinde online arabuluculuğun da bu gibi uyuşmazlıklarda bu ilkenin tesisi konusunda endişeleri beraberinde getirmektedir.

V. DEĞERLENDİRME

Son yıllarda çeşitli ülkeler, uluslararası çocuk kaçırma davalarında başvurulabilecek yeknesak bir arabuluculuk modelinin oluşturulması için çalışmalar yapmaktadır. Bu ülkeler, bazı organizasyonları aracılığı ile bu çalışmalarını sürdürmekte ve Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesine uygun arabuluculuk projeleri oluşturmaktadır. Bu projelere, Birleşik Krallık bünyesindeki Reunite Projesini⁸⁹ ve Almanya bünyesindeki MiKK projesini⁹⁰ örnek gösterebiliriz. Gerçekleştirilen bu projeler sayesinde çocuk kaçırmaya ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve bazı hâllerde online arabuluculuk sürecinin işletildiğini görmekteyiz.

Gerçekten arabuluculukta teknolojiyi kullanmanın sayısız yararı olduğu aşıkardır⁹¹. Online arabuluculuk, taraflar arasına mesafe koymaktan ziyade onları birbirine daha da yaklaştırmaktadır. Mesafelerin tarafların kişisel konularına göre belirlendiği dikkate alındığında online arabuluculuk taraflar arasına mesafe koymak yerine taraflara elektronik yakınlık sağlayacak veya sunacaktır. Böylelikle uluslararası çocuk kaçırma davalarına ilişkin uyuşmazlıkların konusu itibarıyla tarafların farklı ülkelerde bulunmasının yarattığı coğrafi mesafe, online iletişim araçlarının katkısı ile giderilebilecektir. Müzakerelerin online yapıldığı durumlarda endişelerin doğması doğaldır. Bu endişelerden kaynaklı olarak online arabuluculuk birçok açıdan eleştirilmiştir. Günümüzde ise tarafların buldukları ülkeler arasındaki coğrafi mesafe arttıkça online iletişim araçlarının katkısına şüphe ile yaklaşanların dahi bazı hâllerde geri adım attıkları görülmektedir⁹².

⁸⁹ <https://www.reunite.org/>

⁹⁰ <https://www.mikk-ev.de/>

⁹¹ Örneğin, internet aracılığıyla arabulucuların hizmetlerini tanıtabilmesi, ebeveynlerin, hâkimlerin, merkezi makamların veya arabuluculuk hizmetleri ile ilgilenen diğer kişilerin arabulucunun yeterliliğini daha iyi araştırabilme imkânı sağlamaktadır. İlgili kişiler, “Google” gibi bir arama motoruna arabulucunun adını yazarak, onun makalelerini, web sitelerini, çalışma alanlarını ve arabulucu hakkında diğer bilgileri inceleyebilirler. İlgili bilgilere bu yolla kolayca ulaşılabilmesi sadece ebeveynler için değil, arabulucular için de mümkündür. Arabulucuların bilgiye ulaşabilmesi teknoloji vasıtasıyla da hızlanmaktadır. Arabuluculukta teknolojinin kullanılmasının yararları hakkında bkz. **Kucinski**, *Using Technology in Mediating*, s. 313 vd.

⁹² Bkz. **Cunha**, s. 173; **Martin**, s. 400; **Van Arsdale**, Suzanne: “User Protection in Online Dispute Resolution.”, *Harv. Negot. L. Rev.* 2015, vol. 21, no. 1, s. 110; Bu konuda

Online arabuluculuk sürecinin işletilebilmesine ilişkin bazı ifadelerin Kılavuzda yer alması önemli bir gelişmedir. Ayrıntılı olmasa da birçok başlık altında konuya değinilmesi ve somut olayın özelliğine bağlı olarak bu yolun kullanılmasının bir seçenek olarak değerlendirilmesi, bu yolun kullanılmasına yönelik devletlerin merkezî makamlarını teşvik eden bir yaklaşımın Kılavuzda benimsendiğini göstermektedir. Bu konuda yapılan açıklamalar değerlendirildiğinde Kılavuz, birçok uzman arabulucunun da belirttiği gibi mümkünse tarafların aynı ortamda yüz yüze görüşmelerini tavsiye etmektedir. Ancak arabuluculuk oturumunda fiziksel olarak her iki tarafın bulunması “*uygun ve mümkün değilse*” uzak mesafeli yani online arabuluculuğun veya dolaylı arabuluculuk ihtimalinin de düşünülebileceği sonucuna varmıştır⁹³.

Kılavuzda yer alan bir arabuluculuk oturumunda fiziksel olarak her iki tarafın bulunması “*uygun ve mümkün değilse*” ifadesini şu şekilde anlayabiliriz: Arabuluculuğun yüz yüze gerçekleştirilmesi süre veya masraf bakımından “*uygun*” olmayabileceği gibi somut olayın şartları bakımından “*mümkün*” olmayabilir. Şöyle ki;

Arabuluculuk müzakerelerinin elektronik posta, internet üzerinden görüntülü görüşme, telefon görüşmesi ile yürütülebilmesi sayesinde ***süreç daha hızlı ilerleyecektir***. Sürecin hızlı ilerlemesi çocuğun durumu ile ilgili olan belirsizliği ortadan kaldıracaktır. Taraflar, çocuğun mutad meskenine iadesi konusunda ivedilikle anlaşılırsa çocuk, kaçırıldığı yerle sosyal bütünleşme sağlamadan geri dönebilecek ya da o yerde kalması konusunda taraflar anlaşılırsa çocuk, sosyal bütünleşmeyi daha çabuk sağlayabilecek ve bunduğu ülkede mutad meskenini tesis edecektir. Yüz yüze müzakereler ile sürecin uzatılması yerine online arabuluculuğun kullanılması ile sürecin kısaltılması, Sözleşmenin de temel amacı olan çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet edecektir.

Online arabuluculuk sürecinde yüz yüze arabuluculuk sürecinden kaynaklanan konaklama, yemek, ülke içi ulaşım gibi ***ek masraf kalemleri yer almamaktadır***. Arabuluculuğun belirli bir ülkede yapılmaması, online olarak

yapılan araştırmalara katılanların büyük bir çoğunluğu, yüz yüze arabuluculuğun çeşitli nedenlerle mümkün olmadığı hallerde online arabuluculuğun bir alternatif olarak düşünülebileceğini kabul etmektedir. Bu nedenler arasında genellikle coğrafi uzaklık, maliyet sorunları, tarafların aynı ortamda olmasının birbirlerine karşı tutumları nedeniyle mümkün olmaması, daha hızlı sonuç alınabilme imkânı gibi gerekçeler gösterilmiştir. Örnek araştırma için bkz. **Boehme**, Simon J.: “Sceptics of the Screen: Irish Perceptions of Online Dispute Resolution.”, Intl J of Dispute Resolution 2015, vol. 2, no. 2, s. 173.

⁹³ Bkz. **HCCCH**, Part V-Mediation, s. 51-52 p. 167-174.

gerçekleştirilmesi, özellikle ülke dışında bulunan ebeveynin mali anlamda önemli bir yükün altına girmesini engelleyecektir. Aynı zamanda o ülkede bulunan ebeveyn bakımından da mali olarak yarar sağlayacağı açıktır.

Arabuluculuk oturumlarında **fiziksel olarak her iki tarafın bulunmasının mümkün olmadığı hallerde** süreç başlamamışsa sürecin başlayabilmesi veya başlamış olan sürecin devam edebilmesi için online arabuluculuk yönteminin kullanılması düşünülebilir. Örneğin salgın hastalık nedeniyle ülkelerin sınırlarını kapatması, seyahat yasakları koyması gibi hallerde arabuluculuk oturumlarının belirli bir süre aynı ortamda yüz yüze gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Halen etkilerini devam ettiren Çin'in Vuhan Eyaleti'nde 2019 Aralık ayının sonlarında ilk olarak ortaya çıkan ve Dünya Sağlık Örgütü'nce (DSÖ) 11 Mart 2020'de, "Pandemi" olarak tanımlanan Yeni Koronavirüs Hastalığının (COVID-19) yayılmasını önlemek için birçok ülke, tedbir amaçlı uçuş yasağı getirmiş ve belirli bir süre sınırlarını kapatmak zorunda kalmıştır. Arabuluculuk sürecinin bu gibi nedenlerle belirli bir süre veya hiç işleyememesi, çocuğun üstün menfaatine aykırı olacaktır. Sözleşme kapsamında arabuluculuk sürecinin işletilmesine engel olan bu gibi hususlar, online arabuluculuk yolu ile aşılabilecektir. Zira Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı (HCCH), "Pandeminin" devam ettiği bu dönem için 3 Temmuz 2020'de bir belge yayınlamış, bu belgede online arabuluculuk da dâhil olmak üzere arabuluculuk ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Sözleşme kapsamında kullanılmasını önermiştir⁹⁴.

Çocuğun görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa sahip olması halinde onun dinlenmesi, Sözleşme anlamında önem taşımaktadır⁹⁵. Böyle bir durumda **arabulucunun çocuğun bulunduğu ülkede müzakereleri yürütmemesi** soruna yol açabilecektir. Başka bir ülkede müzakereleri yürüten arabulucunun çocuğu tanınması, görmesi ve dinlemesi mümkün olmayacaktır. Uyuşmazlığın çözümü anlamında çocuğun dinlenmesi de önem teşkil edeceğinden bu gibi hallerde online arabuluculuğun kullanılması yararlı olacaktır. Günümüzde çocukların teknolojiyi yakından takip ettikleri ve bu konuda bilgili olma eğilimlerinin bulunduğu dikkate alındığında bu yöntem kullanılabilir. Ayrıca çocukların, arabulucu ile yüz yüze görüşmek yerine ona mesaj atmaları veya e-posta göndermeleri kendilerini daha rahat hissetmelerini de sağlayabilecektir⁹⁶.

⁹⁴ Bkz. HCCH: "Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in Times of Covid-19", <<https://assets.hcch.net/docs/2aee3e82-8524-4450-8c9a-97b250b00749.pdf>> (Erişim: Mart 2021).

⁹⁵ Bkz. Sözleşme m. 13/II.

⁹⁶ **Kucinski**, Using Technology in Mediating, s. 319; **Martin**, s. 403.

Konusu çocuk kaçırmaya olan uyuşmazlıklarda *aynı ortamda bulunan ebeveynlerin çoğu zaman sağlıklı bir iletişim kurması mümkün değildir*. Birbirlerine iyi duygular beslemeyen ebeveynleri yüz yüze getirmek yerine online yöntemlerin kullanılması, uyuşmazlığın nihayete bağlanmasına ve çocuğun menfaatinin korunmasına hizmet edecektir. Online arabuluculuğun kullanılması, ebeveynler arasında gerçekleşmesi muhtemel ciddi çatışmaları bertaraf edecek, çocuğun bu çatışmalardan olumsuz etkilenmesini de engelleyecektir⁹⁷. Sağlıklı ve uzun süreli aile ilişkileri için gerekli olan dostane sonuçların online arabuluculuk ile teşvik edilmesi de mahkemeye yolunu kapatacak ve çocuğun yüksek menfaati bu sayede korunacaktır⁹⁸.

Uygulamada çok sayıda çocuk kaçırmaya olayında, *aile içi şiddet* nedeniyle çocuğu kaçıran veya alıkoyan taraf kendini ve/veya çocuğu diğer eşin şiddetinden korumak için de bu eylemi gerçekleştirmektedir. Çocuğu ve/veya kendini aile içi şiddetten korumak için çocuğunu kaçırmış olan ebeveyn, yüz yüze arabuluculuk sürecinde şiddet uyguladığı iddiasında bulunan tarafla aynı ortamda bulunacaktır. Böyle bir durumda şiddet iddiasında bulunan tarafın, karşı taraftan korkmadan kendini özgürce ifade edip edemediği hususunda şüpheye düşülebilir. Arabuluculuk yolunu denemek isteyen ancak diğer tarafla aynı ortamda olma düşüncesi karşısında zorlandığını ifade eden ebeveynin kaygılarını önlemek ve sürecin gerçekleştirilmesini sağlamak için yüz yüze görüşme yerine online arabuluculuk yolunun kullanılmasının daha yararlı olabileceği kabul edilebilir⁹⁹. Aynı ortamda bulunan yüz yüze arabuluculuk süreci yerine teknolojik olanakların kullanılması ile müzakereler daha güvenli bir ortamda gerçekleştirilecektir. Online arabuluculuk yolunun kullanılması yolu ile ebeveynler güvenli ortamda iletişim kurabilecekler ve taraflar arasında gerçekleştirilen müzakereler şeffaf ve kayıtlı olacaktır. Çocuğu ve/veya kendisi aile içi şiddet görmüş olan ve karşı taraftan korkan veya çekinen ebeveyn karşı tarafla aynı ortamda bulunmadığı için kendini daha özgür, rahat ve güvende hissederek konuşabilecek, söylediklerinin karşı tarafta yaratabileceği olumsuzluklardan endişe etmeyecek onunla korkmadan iletişim kurabilecektir¹⁰⁰. Aile içi şiddete maruz

⁹⁷ **Martin**, s. 404.

⁹⁸ **Albornoz**, Maria M./**Martin**, Nuria G.: "Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries.", U. Miami Inter-Am. L. Rev 2012., vol. 44, no. 1, s. 45.

⁹⁹ **HCCH**, Part V-Mediation, s. 52 p. 174.

¹⁰⁰ **Kucinski**, Using Technology in Mediating, s. 318 vd; **Zawid**, s. 45; **Martin**, s. 403 vd; Şiddet içeren boşanma davaları bakımından da bazı durumlarda arabuluculuk müzakerelerinin online yürütülmesinin yararlı olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Braeutigam**,

kalmış bir ebeveyn, bir bilgisayar ekranının arkasından bunu yaparken korkularını, endişelerini ve bakış açısını daha açık bir şekilde ifade edebilir. Dahası, taraflar arasındaki iletişim her ne kadar gizli olsa da kaydedilebileceğinden beyanlarından ötürü karşı tarafın ona gözdağı verme ve onu korkutma imkânı da büyük ölçüde ortadan kaldırılacaktır¹⁰¹. Kılavuzda yer alan bu konudaki tavsiye uyarınca mevcut arabuluculuk hizmetinin yüz yüze görüşmeden kaynaklanan güvenlik risklerini bertaraf edebilmek için gerekli donanımına sahip olmadığı hâllerde veya yüz yüze görüşmenin diğer bir sebeple uygunsuz olduğu hâllerde online arabuluculuğun kullanılabilmesi mümkün kılınmalıdır¹⁰².

Teknolojinin dünya çapında her ülke bakımından aynı olabilmesi mümkün değildir. Gelişmiş ülkelerin bu konuda daha fazla potansiyele sahip olduğu gelişmekte olan diğer ülkelerde ise uyuşmazlıkların online çözümünün her zaman mümkün olamayacağı yadsınamaz bir gerçektir. Ancak iletişim olanaklarını geliştiren teknolojinin uygulanması mümkünse ki günümüzde çoğu zaman da mümkün olacağını düşünüyoruz, uluslararası çocuk kaçırma olayları bakımından da mümkünse veyahut gerekliyse online çözüm yöntemlerinin kullanılması yararlı olacaktır.

Online çözüm yöntemlerini kullanırken uygulamada bazı zorluklarla karşılaşılması da aşikardır. Ebeveynler, online iletişim yöntemine dâhil olma konusunda çoğu zaman çeşitli nedenlerle çok zorlanabilir. Çocuk kaçırma- lardan doğan uyuşmazlıkların çocuğun mutad meskenine iadesi veya ziyaret hakkının tesisi yolu ile çözümlenmesi başlı başına zor bir süreçtir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi çerçevesinde çözümlenmesi aşamasında online iletişim araçlarının kullanılması her zaman süreci olumlu etkileyebilir ve bazı durumlarda süreci oldukça da zorlaştırabilir.

Öncelikle, ***arabuluculukta kullanılan teknolojinin masraf, konum, eğitim veya kültürel algı gibi nedenlerle birçok ebeveyn tarafından erişilebilmesinin mümkün olamayabileceği gerçeğini*** göz önünde bulundurmamız gerekmektedir. Ayrıca ebeveynler, online iletişim yöntemleri ile ilk defa

Andrea M.: "Fusses That Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts.", Appalachian J.L. 2006, vol. 5, no. 2, s. 299; Lavi, Dafna: "Till Death Do Us Part: Online Mediation as an Answer to Divorce Cases Involving Violence.", N.C. J.L. & Tech. 2015, vol. 16, no. 2, s. 280 vd.

¹⁰¹ **Kucinski**, Using Technology in Mediating, s. 318.

¹⁰² Bu konuda diğer tavsiye edilen yol, arabulucu ile her bir taraf arasında ayrı görüşmeler (caucus meetings/özel toplantılar) yapılmasıdır. Bkz. **HCCH**, Part V-Mediation, s. 76 p. 278.

karşılaşmış veyahut bu yöntemlere alışkın olmayabilirler. Çocuk kaçırmaya ilişkin uyuşmazlıkların çözümü, velayete ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne nazaran taraflar açısından çok daha zor bir süreçtir. Dolayısıyla taraflar, uyuşmazlığın kendileri bakımından yarattığı yoğun stres ve baskı nedeniyle online sürece yeterince hızlı uyum sağlayamayabilirler. Bu durum da uyuşmazlığın etkili biçimde çözülmesine katkı sağlamayabilir.

Çözülmesi gereken bir diğer sorun ise online arabuluculuk sürecinin **gizlilik ilkesini** ihlâl edip etmediğinin noktasındadır. Müzakereler online yürütülsün veya yürütülmesin gizlilik önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Online arabuluculukta arabulucu, gizliliği korumada daha fazla güçlük çekebilir. Telefonla gerçekleştirilen müzakereyi bir ebeveynin yanındaki üçüncü kişi dinleyebilir veya ebeveynler, e-postaları diğer üçüncü şahıslarla paylaşabilir. Gerek tarafların kendi arasında yapılan görüşmelerden gerekse de taraflarla arabulucu arasında yapılan görüşmelerden üçüncü kişilerinin haberdar edilmemesi gerekmektedir. İnternet veya telefon aracılığı ile telekonferans yolu ile gerçekleştirilen müzakerelerin kayda alınıp alınmadığı, üçüncü kişilere servis edilip edilmediği, online müzakereler gerçekleştirilirken müzakerenin üçüncü kişilere dinletilip dinletilmediği, e-posta kullanılmışsa bunun üçüncü kişilere de okutulup okutulmadığı konusunda tarafların birbirlerinden şüphe ve endişe duyması doğaldır¹⁰³. Gizlilik ilkesi, genellikle millî hukuklarda arabulucuya yüklenmiş bir ilke olduğundan tarafların bu ilkeye bağlı kalıp kalmayacağı hususları, millî hukuklarda farklı düzenlemelere konu olmuştur. Bu nedenle uluslararası çocuk kaçırma uyuşmazlığına ilişkin arabuluculuk sürecinde gizliliğin sınırlarının gerçekte ne olduğu konusunda arabulucunun, tarafları bilgilendirilmesi son derece önemlidir. Uluslararası çocuk kaçırma olaylarında ebeveynler genellikle farklı ülkelerde mutad meskenleri olduğundan bazı durumlarda gizlilik ilkesinin mevcudiyetin gizlilik anlaşması ile garanti altına alınması yararlı olacaktır. Daha açık bir anlatımla uluslararası çocuk kaçırmalarına ilişkin olaylar bakımından arabulucu, süreçte ileri süren beyan ve belgelerin üçüncü kişilerden gizli tutulmasının taraf veya taraflarca istendiğini fark ettiği durumlarda taraflara gizlilik anlaşması yapılması konusunda öneride bulunması yararlı olacaktır. Yapılan gizlilik anlaşması ile hukuk sistemleri arasındaki farklılıktan doğan sıkıntıların önüne geçilebileceği gibi tarafların ve çocuğun menfaatleri de korunacaktır¹⁰⁴. Arabulucu, gizlilik anlaşması konusunda tavsiyede bulunurken somut olayın şartlarını dikkate almalı ve bu konuda

¹⁰³ **Zawid**, s. 41.

¹⁰⁴ **Zawid**, s. 40; **Altıntaş**, s. 87-88.

hassas davranmalıdır. Çünkü bazı çocuk kaçırma olaylarında taraflar, çocuğun üstün yararının korunması amacıyla arabuluculuk sürecindeki tartışmalara üvey anne veya büyükbaba gibi üçüncü kişilerin dâhil olmasına izin vermek isteyebilirler hatta bunu teşvik etmek isteyebilirler¹⁰⁵.

Arabulucu, online arabuluculuk sürecinde *eşitlik ilkesinin* bertaraf edilmemesi konusunda dikkatli ve özenli davranmalıdır. Online gerçekleştirilen oturumlarda eşitlik ilkesinin ihlâli endişesini dikkate alan Kılavuz, arabuluculuk oturumuna ilişkin fiilî düzenlemelerde dikkatli davranılması gerektiğinin altını çizmiştir. Arabuluculuk sürecinde arabulucunun adilliğine ve tarafsızlığına şüphe getirilmemeli; örneğin arabulucu, tek oturumluk bir arabuluculuk sürecinde taraflardan biri ile aynı ortamda bulunup aynı anda diğer tarafın video konferansla sürece katılmasına müsaade etmemelidir. Arabulucunun bu yöndeki tutumu, arabulucunun adilliğine ve tarafsızlığına yönelik ortaya çıkabilecek şüpheleri bertaraf etme konusunda fayda sağlayacaktır¹⁰⁶. Ayrıca şiddet iddiası içeren uluslararası çocuk kaçırma vakaları bakımından online arabuluculuk sürecinde arabulucunun eşitlik ilkesinin tesisine dikkat etmesi ve bu konuda daha da özenli olması gerekmektedir.

Metin tabanlı arabuluculuğun kullanılması, bazı durumlarda uyumsuzluğun çözümüne yönelik yarar sağlamaktadır. Ebeveynlerin birbirini görmeden sadece yazışma yolu ile sürecin sürdürülmesi özellikle çocuk kaçırma olayları bakımından taraflar arasındaki muhtemel çatışmayı önleyecektir. Taraflarca sözle ifade edilmeyen ancak vücut dilleri veya mimiklerinden çıkarılacak tutumların birbirlerini olumsuz etkileyebileceği ihtimâlinin bertaraf edilmesi, bu yola başvurulabileceği fikrini ortaya çıkarmıştır¹⁰⁷. Video konferans gibi online yöntemlerle de olsa arabulucunun tarafları görebilmesi sayesinde arabulucuların, tarafların vücut dillerini ve sözlü cevaplarını kısmen de olsa gözlemlemesi yararlıdır. Bu sayede arabulucular, tarafları daha iyi anlayabilirler. Ancak tarafların vücut dillerinin hem arabulucu hem de

¹⁰⁵ **Zawid**, s. 40.

¹⁰⁶ **HCCH**, Part V-Mediation, s. 52 p. 173.

¹⁰⁷ Braeutigam, metin tabanlı iletişimin yararlarını şu şekilde ifade etmiştir: Taraflar birbirlerini görmedikleri için vücut dillerinden etkilenmezler. Bir kişinin ilk tepkisi en iyi veya en mantıklı düşüncesi olmayabileceğinden eş zamanlı etkileşimler bir çatışmayı kolayca tımandırabilir; bu durum da süreci uzatacağından zaman kaybına neden olur. Metin tabanlı iletişim, tarafların birbirlerine karşı olması muhtemel olumsuz davranışları belirli bir ölçüde sınırlayacaktır ve böyle bir ortamda taraflar eldeki konulara odaklanacak ve daha olumlu tutum geliştireceklerdir. Bkz. **Braeutigam**, Andrea M.: "What I hear You Writing Is.. Issues in ODR: Building Trust and Rapport in the Text-Based Environment", 38 U. Tol. L. Rev 2006, vol. 38, no. 1, s. 113-115.

diğer tarafça gözlemlenmesi sürece her zaman katkı sağlamayabilir. Hatta bazı durumlarda olumsuz sonuçlara da yol açabilir. Örneğin, kişi kollarını bağlamışsa o kişinin iletişime kapalı olduğu, kızgın olduğu ya da sadece soğuk nedeniyle üşümüş olduğu şeklinde algılanabilir. Her ne kadar niyet olumsuz bir tutumu içermese de taraflar birbirlerinin vücut dillerini genellikle olumsuz olarak yorumlama eğilimindedir. Dolayısıyla tarafların birbirlerine karşı tepki gösterme ve misilleme yapma ihtimâli böyle bir durumda artmaktadır. Sohbet, metin tabanlı bir ortama taşınırsa tarafların olumsuz davranışları ve vücut dilleri karşı tarafça gözlemlenemeyeceğinden taraflar arasındaki çatışma artmayacak ve taraflar, daha olumlu ve çözüme dayalı bir ilişki için sürece odaklanıp çalışabileceklerdir¹⁰⁸. Ancak bu yola başvurulması beraberinde bazı endişeleri de getirmektedir. İlk iletişimin metin temelli olması halinde taraflar, iletişimde ortaya çıkabilecek boşlukları ön yargıları ile doldurabileceklerdir. Ayrıca dijital karakterler, duyguların aktarılması için her zaman yeterli olamayabilir veyahut tarafların dijital karakterlerle kendilerini ifade edebilmeleri çeşitli nedenlerle mümkün olmayabilir. Yüz yüze arabuluculukta veya kısmen de olsa video konferansta ile yapılan online arabuluculuk sürecinde arabulucunun sadece tarafların beyan ettikleri ile yetinmemesi, tarafların beyanı ile onların vücut dili arasındaki uyumu da gözlemlemesi gerekirken, metin tabanlı arabuluculuk sürecinde arabulucu bu şekilde bir imkândan yoksundur. Arabulucunun ancak yeterli eğitime sahip olması halinde taraflar arasındaki iletişimi metin tabanlı olarak da sağlayabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda arabulucu, tarafların yazılı iletişime katılmaları konusunda teşvik edebilir, onların duygularını yazılı şekilde yansıtmasını, özetlemelerini veya başka kelimelerle ifade etmelerini isteyebilir. Günümüzde teknolojik kültürün de arttığı göz önünde alınırca insanların bu duruma artık alıştıkları ve kendilerini metin tabanlı olarak rahatça ifade ettikleri sonucuna varılabilir. Elektronik mesajlarda, internet sitelerinde yer alan ve duyguların aktarılmasını sağlayan “emoji”lerin de varlığı dikkate alındığında bu sonuca varılması makul gözükmektedir. Örneğin gülen suratın “☺” pozitif bir duygunun aktarılmasına hizmet ettiği, “SADECE BÜYÜK HARFLER”in kullanılmasının ise kızgınlığa veya aktarılan duygunun kuvvetine hizmet ettiği sonucuna varılabilecektir¹⁰⁹. Dolayısıyla, metin tabanlı iletişimin tarafların duygularını tam olarak yansıtmayacağı veya sınırlayacağı yönündeki eleştirilerin her zaman doğru olmayacağı ileri sürülebilir. Başarılı bir arabuluculuk süreci için çok önem arz eden

¹⁰⁸ Braeutigam, Text-Based Environment, s. 113 vd.; Cunha, s. 174.

¹⁰⁹ Braeutigam, Text-Based Environment, s. 116; Cunha, s. 175.

bir konu olan arabulucu ve taraflar arasında güven ve uyumu oluşturabilmek ve sürdürülebilmek adına arabulucunun metin tabanlı iletişimi etkili olarak kullanabilmesi için özel olarak eğitilmesi gerekmektedir. Bu durumda arabulucunun teknolojik yeterliliğe, açık ve etkili yazma becerilerine sahip olması önem arz etmektedir. Buna ek olarak arabulucuların, tarafların bu yolla aralarındaki uyuşmazlığı çözme konusunda teknolojik bilgi ve kültüre sahip olup olmadıklarını da araştırmaları gerekmektedir¹¹⁰.

Kanaatimizce tüm müzakerelerin metin tabanlı arabuluculuk ile yürütülmediği müddetçe bu yolun kullanılması belirttiğimiz şartlar dâhilinde mümkündür. Arabuluculuk sürecinde öncelikle, arabulucunun taraflara güven telkin etmesi gerekmektedir. Uluslararası çocuk kaçırma olayının tarafı olan ebeveynler genellikle birbirlerine güvenmedikleri için tarafların arabulucu ile yakınlığı çok önemlidir. Ebeveynlerin arabulucu ile yakın ilişki içinde olması halinde arabulucu, aralarındaki meseleleri dostane bir şekilde çözecek kadar birbirlerine güvenmeleri için ebeveynleri yönlendirebilir. Güven telkini bu kadar önemliyken arabulucu, ebeveynlerden biri veya her ikisi ile iletişim kurmanın birincil yolu olarak metin tabanlı bir sistem yani e-posta veya mesaj kullanıyorsa taraflarla ilişki kurmakta zorluk çekebilir. Metin tabanlı olan gelecekteki iletişimin daha verimli ve kabul edilebilir olma ihtimalinin yükselmesi, arabulucunun taraflarla uyum sağlamasına ve arabulucu/ebeveyn ilişkisinde güven tesisine bağlıdır¹¹¹. Bu sebeple metin tabanlı iletişimin tek başına kullanılmaması, video konferans veya telefon gibi iletişim araçları ile desteklenmesi veya en azından ilk oturumda bu iletişim araçlarının kullanılmaması sürece yarar sağlayacaktır.

VI. GÖRÜŞÜMÜZ

Sözleşme kapsamında online arabuluculuk yönteminin uygulanmasının birçok nedenle yararlı olabileceği kanaatindeyiz. Ancak online arabuluculuk, her olay bakımından mutlak olarak uygulanamaz. Her somut olayın kendi özel şartları içerisinde değerlendirilmesi ve ona göre karar verilmesi yararlı olacaktır. Online arabuluculuğun hem yararlarını hem de süreçten duyulan endişeleri dikkate alan öğreti¹¹² ve bazı ülke programları, uluslararası çocuk kaçırma vakıaları bakımından “*karma arabuluculuk yönteminin*” uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Karma arabuluculuk yöntemi, aynı

¹¹⁰ Braeutigam, Text-Based Environment, s. 117 vd.; Cunha, s. 175; Kucinski, Using Technology in Mediating, s. 313.

¹¹¹ Kucinski, Using Technology in Mediating, s. 315.

¹¹² Cunha, s. 178; Martin, s. 406.

ortamda gerçekleştirilen yüz yüze arabuluculuğun ve online arabuluculuğun birlikte kullanıldığı yöntemdir. Uluslararası çocuk kaçırma davaları bakımından bu yöntem uygulanırken somut vakianın özellikleri dikkate alınmalı, mümkünse öncelikle yüz yüze arabuluculuk yöntemi uygulanmalı, şartların gerektirmesi veyahut makul kılması halinde de ise online arabuluculuk yöntemi uygulanmalıdır. Alman Arabuluculuk Programı da benzer bir yaklaşımdan hareket edilmektedir. Almanya’da arabuluculuğun yüz yüze gerçekleştirilmesi öncelikle tercih edilmiştir. Ebeveynlerin farklı ülkede bulunması halinde masrafların azaltılması amacıyla arabuluculuğun çocuğun kaçırıldığı ülkede yapılması ve sadece bir hafta sonunda sürecin bitirilmesi istenmektedir. Ancak şartlar mevcutsa veya mutlaka kullanılması gerekiyorsa online arabuluculuk yönteminin kullanılabilmesi de kabul edilmektedir¹¹³.

Uluslararası çocuk kaçırmaya ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için müzakerelerin aynı ortamda yüz yüze yürütülmesi, taraflar arasında uzun vadeli ve daha sağlam bir ilişki kurulmasına ve sürdürülmesine yardımcı olacaktır. Gelecekteki iletişimi teşvik edecek ve olası uyuşmazlıkları azaltacaktır. Bu nedenle bu uyuşmazlıklar bakımından müzakerelerin öncelikle yüz yüze yürütülmesi gerekir. Ancak bazı durumlarda yüz yüze arabuluculuğun gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir veya çok zor olabilir. Somut olayın koşulları dikkate alındığında arabuluculuk sürecinin aynı ortamda yüz yüze yürütülmesi çeşitli nedenlerle mümkün değilse veyahut tarafların sosyal, duygusal ve malî ihtiyaçlarını karşılayacak yöntemin online iletişim araçları vasıtasıyla arabuluculuk olduğu kanaatine varılırsa müzakerelerin online yürütülmesine imkân tanınması gerekir. Ayrıca şartlar mevcutsa aynı uyuşmazlık bakımdan müzakerelerin bir kısmının yüz yüze, bir kısmının ise online yürütülmesi mümkündür¹¹⁴.

Uluslararası çocuk kaçırmaları bakımından bizim de katıldığımız karma arabuluculuk yönteminin uygulanabilmesi için arabulucuların online uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda özel olarak eğitilmesi gerekmektedir. Somut koşulların uygun ve gerekli olması halinde online arabuluculuğun

¹¹³ Bkz. **Martin**, s. 406.

¹¹⁴ Örneğin, arabulucu, arabuluculuk müzakerelerini yüz yüze başlatabilir. Bu sayede tarafların birbirleri hakkında bir izlenim geliştirmelerine izin verebilir. Daha sonra mümkünse müzakere sürecini online olarak yürütebilir. Arabuluculuk süreci online devam ederken arabulucu, yüz yüze görüşmenin yararlı olacağı kanaatine varırsa tarafları tekrar bir araya getirebilir. Bkz. **Chan**, Gerard L.: “Getting to Yes Online: A Look at the History, Concepts, Issues and Prospects of Online Dispute Resolution Systems (ODRS).”, *Philippine LJ* 2009, vol. 83, no. 3, s. 536.

başarılı olarak uygulanabilmesi, arabulucunun bu konudaki yeterliliğine bağlıdır. Arabulucuların bu konuda eğitilmiş olması, online arabuluculuğa ilişkin getirilen eleştirilerin bertaraf edilmesine, uluslararası çocuk kaçırma-larına ilişkin uyuşmazlıklarda çözümün hızlandırılmasına ve Sözleşmenin nihaî amacı olan çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet edecektir.

SONUÇ

Online iletişim araçları ile arabuluculuk sürecinin işletilmesi, aynı ortamda yüz yüze arabuluculuk müzakerelerinden doğan sorunların bertaraf edilmesine katkı sağlamaktadır. Buna karşı online arabuluculuk sürecinin doğurduğu endişelerin de ayrıca dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle *“Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi kapsamında online iletişim araçları ile arabuluculuk sürecinin işletilmesi mümkün müdür?”* sorusuna cevap ararken somut vakıanın özellikleri dikkate alınmalıdır. Her somut vakıa bakımından ayrı değerlendirme yapılmalı; öncelikle arabuluculuk müzakerelerinin aynı ortamda yüz yüze yürütülmesinin sağlanması konusunda özen gösterilmeli, şartların gerektirmesi veya makul kılması halinde ise müzakereler online olarak yürütülmelidir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Ziya/Demir-Gökyayla, Cemile:** Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Albornoz, Maria M./Martin, Nuria G.:** “Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries.”, U. Miami Inter-Am. L. Rev 2012., vol. 44, no. 1, ss. 39-62.
- Altıntaş, Elif H.:** Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarında Arabuluculuk, Yetkin, Ankara 2018.
- Altıntaş, İlknur:** Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Bilge Basım Yayım, Ankara 2006.
- Arslan, İlyas:** Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, On İki Levha, İstanbul 2014.
- Ataman-Figanmeşe, İnci:** “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK’a Armağan, İ.Ü Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999, ss. 55-100.
- Aytaç, Mehlika:** “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı, Y. 96, Eylül 2004, S. 20, ss. 34-65.
- Boehme, Simon J.:** “Sceptics of the Screen: Irish Perceptions of Online Dispute Resolution.”, Intl J of Dispute Resolution 2015, vol. 2, no. 2, ss. 156-181.
- Bozdağ, Gonca G.:** “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilâflarda Uygulanabilirliği”, GÜHFD, C. XX, Y. 2016, Sa. 1, ss. 101-136 (Anılış: Arabuluculuk).
- Bozdağ, Gonca G.:** Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Yetkin, Ankara 2014 (Anılış: Red Nedenleri).
- Braeutigam, Andrea M.:** “Fusses That Fit Online: Online Mediation in Non-Commercial Contexts.”, Appalachian J.L. 2006, vol. 5, no. 2, ss. 275-302.
- Braeutigam, Andrea M.:** “What I hear You Writing Is.. Issues in ODR: Building Trust and Rapport in the Text-Based Environment”, 38 U. Tol. L. Rev 2006, vol. 38, no. 1, ss. 101-124 (Anılış: Text-Based Environment).
- Chan, Gerard L.:** “Getting to Yes Online: A Look at the History, Concepts, Issues and Prospects of Online Dispute Resolution Systems (ODRS).”, Philippine LJ 2009, vol. 83, no. 3, ss. 528-572.

Conclusions and Recommendations and Report of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011) *drawn up by the Permanent Bureau* <<https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).

Conclusions and Recommendations of the fifth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Practical Implementation of the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-Operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (30 October – 9 November 2006) *adopted by the Special Commission* <https://assets.hcch.net/upload/concl28sc5_e.pdf> (Erişim: Ocak 2021).

Cunha, Elizabeth: “The Potential Importance of Incorporating Online Dispute Resolution into a Universal Mediation Model for International Child Abduction Cases.”, *Conn. J. Int'l L.* 2008, vol. 24, no. 1, ss. 155-180.

Çelikel, Aysel/**Erdem**, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk* 16. Bası, Beta, İstanbul 2020.

Ekmekçi, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On iki Levha, İstanbul 2019.

Giray, Faruk K.: *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi*, Beta, İstanbul 2010.

HCCH: “Part III-Preventive Measures”, *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* <<https://assets.hcch.net/docs/873c5efa-21a0-4108-9257-422123933618.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).

HCCH: “Part IV-Enforcement”, *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* <<https://assets.hcch.net/docs/49dc30cf-79cb-42ae-af36-dd2fc20bb11e.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).

HCCH: “Part V-Mediation”, *Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* <<https://assets.hcch.net/docs/d09b5e94-64b4-4afe-8ee1-ab97c98daa33.pdf>> (Anılış: **HCCH**, Part V-Mediation) (Erişim: Ocak 2021).

- HCCH:** “V. Kısım-Arabuluculuk”, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında İyi Uygulama Kılavuzu-Arabuluculuk <<http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr/uluslararasıcocuk/trguide.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).
- HCCH:** “Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in Times of Covid-19”, <<https://assets.hcch.net/docs/2aee3e82-8524-4450-8c9a-97b250b00749.pdf>> (Erişim: Mart 2021).
- Kaplan,** Yavuz: “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, MHB, Y. 28, S. 1-2, 2008, ss. 115-146.
- Kekeç,** Elif K.: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler: 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Köseoğlu,** Bilal: Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davalar, Geliştirilmiş dördüncü bası, TBB Yayınları, Ankara 2007.
- Kucinski,** Melissa A.: “The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases.”, J. Disp. Resol. 2010, vol. 2010, no. 2, ss. 297-325 (Anılış: Using Technology in Mediating).
- Kucinski,** Melissa A.: “The Delicate Art of Mediating International Parental Child Abduction Cases”, Disp. Resol. Mag 2014. vol. 20, no. 2, ss. 18-22.
- Kuru,** Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2016.
- Lavi,** Dafna: “Till Death Do Us Part: Online Mediation as an Answer to Divorce Cases Involving Violence.”, N.C. J.L. & Tech. 2015, vol. 16, no. 2, ss. 253-310.
- Martin,** Nuria G.: “International Parental Child Abduction and Mediation”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional 2015, vol. XV, ss. 353-412.
- Nomer,** Ergin: Devletler Hususî Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- Özbek,** Mustafa S.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Baskı, Ankara 2016 (Anılış: Alternatif).
- Özbek,** Mustafa: Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketleriyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, AÜHFD, C. 51, S. 2, ss. 121-162 (Anılış: Adalet Ulaşma).

- Özekes**, Muhammet: “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi, Hukukî Perspektifler Dergisi, S. 7, Y. 2006, s. 40-45 (Anılış: Arabuluculuk).
- Özekes**, Muhammet: Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017 (Anılış: Pekcanitez Usûl).
- Özmumcu**, Seda: Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha, İstanbul 2011.
- Öztekin-Gelgel**, Günseli: “Devletler Özel Hukukunda Velâyet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 4, S. 8, Güz 2005/2, ss. 119-148.
- Pekcanitez**, Hakan: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukukî Perspektifler Dergisi, S. 5, Y. 2005, s. 12-16.
- Pérez-Vera**, Elisa: Explanatory Report, Hague Conference on Private International Law, ss. 426-476, <<https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).
- Recommendation No. R (98) 1 Council of Europe of The Committee of Ministers to Member States on Family Mediation, <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>> (Erişim: Ocak 2021).
- Rubin**, Melvin A.: “Introduction to the Symposium on Crossborder Family Mediation with an Emphasis on the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction.”, Miami Inter-Am. L. Rev 2008, vol. 40, no. 1, ss. 1-6.
- Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (10-17 October 2017) Conclusions and Recommendations adopted by the Special Commission, <<https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).
- Sungurtekin-Özkan**, Meral: “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi”, MİHDER, S.2, Y. 2005, ss. 353-369.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Beta, İstanbul 2020.
- Tanriver**, Süha: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış” Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin, Ankara 2006, ss. 821-842 (Anılış: Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış).

- Tanrıver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S. 64, Y. 2006, ss. 151-177 (Anılış: Alternatif Çözüm Yolları).
- Taşpolat-Tuğsavul**, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin, Ankara 2012.
- TBMM Yasama Dönemi: 24 Yasama Yılı: 2, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Sıra Sayısı: 233 (Erişim: Ocak 2021).
- The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention-October 2017, “Part I - A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Global report”, <<https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>> (Erişim: Ocak 2021).
- The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017, “Part III -A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction -National reports”, <<https://assets.hcch.net/docs/6ca61ff3-5ca6-4fba-a79a-cb6e7485f4b0.pdf>> (Erişim: Mart 2021).
- Toker**, Gümrah A.: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni Kavramı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Van Arsdale**, Suzanne: “User Protection in Online Dispute Resolution.”, Harv. Negot. L. Rev. 2015, vol. 21, no. 1, ss. 107-142.
- Yazıcı-Tıktık**, Çiğdem: Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha, İstanbul 2013.
- Zawid**, Jennifer: “Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators.”, Miami Inter-Am. L. Rev 2008, vol. 40, no. 1, ss. 1-48.

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDE CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARI İLE BAKANLARIN SORUMLULUKLARI MESELESİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.911688>

Dr. Öğr. Üyesi Bayram DOĞAN*

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN**

Öz

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ve bakanların sorumluluğu, Anayasa'nın 106. maddesinde "Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar" kenar başlığı altında düzenlemiştir.

Buna paralel olarak çalışmamızda Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ve bakanların sorumluluğu konusu, siyasi, cezai ve hukuki sorumluluk olmak üzere üç başlık altında incelenmiştir. Siyasi sorumluluk açısından Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olan Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ve bakanlar hakkında, cezai sorumluluk mekanizması ise görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılacak oylamaların ardından, Yüce Divan'a sevk kararının alınmasıyla ve burada yapılacak yargılamayla işletilebilecektir. Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda ise yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanmaktadır. Son olarak hukuki sorumluluk açısından ise genel hükümlere göre konu açıklanmaya çalışılmıştır. Çalışmada, analitik eleştirel çerçevede, genellikle birincil ve ikincil kaynaklardan yararlanmak suretiyle betimsel ve söyleysel bir metodoloji kullanılmaktadır.

* Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: bayramdogan@ksu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6920-2685> (Makalenin Geliş Tarihi: 27.11.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 04.12.2020/Makale Kabul Tarihi: 31.03.2021)

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: didemerdogan@sdu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4007-5675> (Makalenin Geliş Tarihi: 27.11.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 04.12.2020/Makale Kabul Tarihi: 31.03.2021)

Anahtar Kelimeler

Siyasi, Cezai ve hukuki sorumluluk, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Bakanlar, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, 2017 Anayasa değişiklikleri

**THE ISSUE OF THE ACCOUNTABILITIES OF THE
PRESIDENTS AND MINISTERS IN
THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM****Abstract**

The main responsibilities of vice presidents and ministers were revised under the title of “Vice Presidents, Deputies for the President and Ministers” in Article 106 of the Constitution with the help of the revision of 2017 Constitutional amendment.

Parallel to this, the responsibility of vice presidents and ministers has been perceived under three head topics such as political, criminal and legal liability. About those who are liable for the President in terms of political responsibility vice president and ministers, the criminal liability mechanism tasks to be performed by the Grand National Assembly of Turkey allegedly committed crimes relating to voting after, can be operated with the judge, upon receipt of referral decisions to the Supreme Court and will be held here. Vice-presidents and ministers benefit from the provisions on legislative immunity in crimes not related to their duties. One and for all, the subject has been tried to be explained according to general provisions in terms of legal liability. We use a descriptive and discursive methodology in which we mainly review primary and secondary resources within the framework of critical analysis in this study.

Keywords

Political, Criminal and legal liability, Vice presidents, Ministers, Presidential system of government, 2017 Constitutional amendments of Turkey

GİRİŞ

2017 yılı Anayasa değişikliğiyle yürütme organının yapısında birtakım değişiklikler yapılmıştır. Yürütme organında yapılan değişikliklere baktığımızda, Anayasa'nın 8. maddesinde, “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” denilmek suretiyle başbakanlığın ve Bakanlar Kurulu'nun kaldırılarak, yürütme yetkisinin sadece Cumhurbaşkanı'da toplandığı bir model oluşturulmuştur. Böylece Cumhurbaşkanı, devletin başı olarak, yürütme yetkisini tek başına kullanabilir hâle gelmiştir (AY değişik m. 104/1). Bilindiği gibi başkanlık sisteminin en temel özelliklerinden biri, başkanın ve yasama organı seçiminin ayrı yapılması ve her ikisinin de belli süreliğine seçilmeleri ve bu süre içerisinde birbirlerinin hukuki varlığına son verememeleridir¹. Fakat 2017 Anayasa değişikliğinden sonra getirilen yeni düzende² yasama ve yürütme organlarının, seçimleri yenilemesi kabul edilerek bu kuraldan sapılmıştır³. Böylece Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde erkler ayrılığının sert bir biçimde gerçekleşmediği ortadadır. Yeni hükümet sistemimizde Cumhurbaşkanı seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilmekteyken (AY m. 106), ABD başkanlık sisteminde başkandan sonra en üst düzey yetkili kabul edilen Başkan yardımcısı, yalnızca bir tanedir ve başkanlık makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde Başkan yardımcısı başkanlık makamına kalan sürenin tamamlanması

¹ **Erdoğan**, Mustafa: Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018, s. 209, **Gören**, Zafer: Anayasa Hukuku, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 197 para. 116a, **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. bs., 2 c., Bursa, Ekin Yayıncılık, 2020, C. I, s. 639.

² “Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı seçimlerinin yenilenmesi” başlıklı AY m. 116 şöyledir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu halde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.

Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.

Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir.

Seçimlerinin birlikte yenilenmesine karar verilen Meclisin ve Cumhurbaşkanının yetki ve görevleri, yeni Meclisin ve Cumhurbaşkanının göreve başlamasına kadar devam eder.

Bu şekilde seçilen Meclis ve Cumhurbaşkanının görev süreleri de beş yıldır.”

³ **Özbudun**, Ergun: “Constitutional Law”, Introduction to Turkish Law, 7th Edition, Ed.: Tuğrul Ansay, Don Wallace Jr., Işık Önay, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 45.

için geçebilmektedir⁴. Yine diğer bir fark da Başkan yardımcılarının seçimi ve seçilebilme yeterliliklerinde kendisini göstermektedir⁵. Türkiye’de Cumhurbaşkanı yardımcısı veya yardımcıları doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olanlar arasından seçilmekteyken; ABD’de Başkan yardımcısı Başkanla birlikte, aynı şekilde seçilmektedir⁶. Çünkü devlet başkanının yerine geçecek kişide de demokratik meşruiyetin olması önemli bir husustur⁷. Şayet Başkan yardımcısı seçiminden sonuç alınmazsa en çok oy alan üç kişi arasından birini Senato, Başkan yardımcısı olarak seçmektedir⁸. Özbudun, Türkiye’de uygulanan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle devlet organları arasında kontrol ve denge prensibiyle hareket eden ABD Başkanlık sistemi arasında pek az benzerliğin bulunduğunu söyleyerek, oluşturulan yapının olsa olsa “*delegasyoncu demokrasi*” veya “*popülist (yarışmacı) otoriter*” bir rejim biçiminde işleyeceğini savunmaktadır⁹. Özsoy Boyunsuz ise Türkiye’de 2010 yılı Anayasa değişikliğinin ardından özellikle 2013 yılından itibaren göreve geliş açısından rekabetçi otoriter bir sisteminin oluşmaya başladığını savunmaktadır¹⁰.

Yürütmeyi meydana getiren Cumhurbaşkanının, Bakanlar Kurulu’nun kaldırılmasıyla birlikte Bakanlar Kurulu’yla bir arada çalışması usulü ve yürütme işlevinde karşı imzaya tabi işlemleri ayrımı kaldırılmıştır¹¹. Böylece siyasi rejim içerisinde Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olarak sahip olduğu yetkiler, onun sorumluluk kapsamını da genişletmiştir¹².

⁴ Yıldız, Abdulkadir: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, s. 516.

⁵ Cumhurbaşkanı yardımcıları hakkında detaylı bilgi için bk. Mutlu, Azer Ebru: “Hukuki Statüsü ve İdari Teşkilattaki Yeriyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları”, İnÜHFD, C. X, S. 1, 2019, s. 119-132.

⁶ Yıldız, s. 513.

⁷ Anayurt/Ekinci, s. 449.

⁸ Yıldız, s. 514.

⁹ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 323.

¹⁰ Özsoy Boyunsuz, Şule: “Etkili Yönetim Yaratma Becerisi Açısından Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Neden Parlamenter Sistem, Hangi Parlamenter Sistem Konulu Panel, İstanbul Barosu, 12 Ekim 2019. (Çevrimiçi)file:///C:/Users/HP/Desktop/%C5%9Eule%20Boyunsuz%20ETK%C4%B0L%C4%B0%20Y%C3%96NET%C4%B0M%20YARATMA%20BECER%C4%B0S%C4%B0%20A%C3%87ISINDAN.pdf, (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

¹¹ Doğan, Bayram/Doğan, İdris: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, İnÜHFD, 11 (2), 2020, s. 471; Özbudun, s. 311.

¹² Özbudun, s. 312.

Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmasıyla tek başlı bir yürütme hâlini alan ve başkanlık sistemi ile parlamenter sistemin bazı özelliklerinin birleştirilmesiyle oluşturulan yeni sistemde, odak noktasının Cumhurbaşkanı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz¹³. Fakat Cumhurbaşkanı, başta Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar olmak üzere özel kalem müdürlüğü, baş danışmanı ve danışmanı, özel temsilcisi, Cumhurbaşkanlığı yüksek istişare kurulu, idari işler başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı politika kurulları, Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar, Cumhurbaşkanlığı ofisleri gibi geniş çaplı bir ekiple birlikte çalışmaktadır¹⁴.

Başkan yardımcılığı kurumunun temelleri esasen devlet başkanının ölümü, istifası veya başka bir sebeple görevinin sona ermesi halinde bu makamı, yeni devlet başkanı seçilene kadar kimin idare edeceği sorusuna dayanmaktadır¹⁵. 2017 Anayasa değişikliği ile hukukumuza giren Cumhurbaşkanı yardımcılığı, aslında yeni hükümet sisteminin doğal uzantısı olarak görülebilir¹⁶. Çünkü yürütme yetkisi tek başına kendisine verilmiş olan Cumhurbaşkanının, kendisine yardımcı veya yardımcılar tayin etmesi gayet tabiidir. 1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı yardımcılarını düzenlediği 106. maddesinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı sayısı vermeyerek, Cumhurbaşkanının bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabileceği belirtilmiştir. 6771 Sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonrası, doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından seçilerek atanacak ve görevden alınabilecek olan Cumhurbaşkanı yardımcılarının, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olması yeterli görülmüştür. Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar seçildikten sonra, TBMM üyesi ise bu üyelikleri Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi gereği sona ermektedir (AY m. 106/4); fakat TBMM üyeliğinin ne zaman sona ereceğinin belirsiz olduğunu ifade eden Anayurt, bu görevin atama kararnamesinin Resmî Gazete'de yayımından itibaren son bulması gerektiği kanısındadır¹⁷. Anılan Anayasa hükmünde “TBMM üyesi ise” ifadesi yer aldığı için TBMM dışından da seçilebileceği anlaşılan Cumhurbaşkanı

¹³ **Gören**, Zafer: Anayasa Hukuku, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 265 para. 152.

¹⁴ **Uslu**, Ferhat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 244-261.

¹⁵ **Anayurt**, Ömer/**Ekinci**, Ahmet: “Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 449.

¹⁶ **Özbudun**, s. 312.

¹⁷ **Anayurt**, Ömer: Anayasa Hukuku, Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 322.

yardımcıları ve bakanlar için hem TBMM içinden hem de dışından dört ayrı yönetici kategorisinin bulunduğu; fakat hepsinin Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğu ifade edilmektedir¹⁸.

1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'yle kabul edilen on altı adet bakanlık bulunmaktadır¹⁹. Her bir bakanın, kendi bakanlık teşkilatının en üst amiri olduğu, bakanlığının icraatlarından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu olduğu ve bakanlığın merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir (1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 503/1)²⁰.

Şimdi yukarıda kısaca bahsettiğimiz Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ve bakanların siyasi, cezai ve hukuki anlamda sorumluluklarını ortaya koymaya çalışacağız. Dolayısıyla çalışmanın eksenini başka alanlara taşıyabileceği düşünülerek zorunlu olmadıkça hükümet sistemi ile ilgili açıklamalara girilmemiş sadece konunun geçtiği yerde çok kısa değinmekle yetinilmiştir.

I. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARI VE BAKANLARIN SİYASİ SORUMLULUKLARI

2017 yılı Anayasa değişikliği ile yaklaşık 140 yıldan beri Osmanlı-Türk hükümet sisteminde uygulanan parlamenter sistemden başkanlık sistemi²¹ne benzeyen fakat esaslı bazı noktalarda başkanlık sisteminden farklılaşan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi²²ne geçilmiştir. Hükümet sistemindeki

¹⁸ **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 74, S. 4, 2016, s. 40.

¹⁹ Bu bakanlıkların isimleri şöyledir: Adalet Bakanlığı, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Gençlik ve Spor Bakanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı.

²⁰ Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için bk. Resmi Gazete, 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı.

²¹ Başkanlık sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Küçük**, Adnan: ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları, Adres Yayınları, Ankara, 2019; **Boynusuz**, Şule Özsoy: Dünyada Başkanlık Sistemleri, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.

²² **Kaboğlu**, 6771 sayılı Kanun ile kurulan hükümet sistemine, “başkanlık yerine, seçmenlerin kulağına hoş gelebilecek olan bir deyim kullanıldı: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” ifadesini kullanmaktadır. Bkz., **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Kural Koyan Organ Olarak Yasamanın Özerkliği, CHP Yayınları, Ankara, 2018, s. 15-16.

bu değişiklik sonrası “görünüşte” daha sert bir kuvvetler ayrılığı öngörül-
müş; fakat seçim sistemi, seçim barajı ve siyasi partiler kanunu gibi temel
konularda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Ayrıca yasama ile yürütme
organlarının seçimlerinin beraber yapılması²³, bütçe kanunlarının Cumhur-
başkanlığı tarafından hazırlanması, Cumhurbaşkanına asli nitelikte yetki²⁴ ile
yürütmeye ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri²⁵ ihdas etme
yetkisi verilmesi gibi birçok nedenle Meclis’in hükümeti denetleme imkânı-
nın azaltıldığı dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesinin zayıflatıldığı düşünce-
siyle eleştirilmektedir²⁶.

Siyasi sorumluluk, yöneticilerin politik icraatlarından dolayı hesap
verebilmeleri ve bunun müeyyidesine katlanmaları dolayısıyla yapmış
oldukları siyasi icraatları nedeniyle görevlerine son verilebilmesi anlamına
gelmektedir. Demokratik hükümet sistemlerinde egemenliğin sahibi halktır.
Buna göre siyasi sorumluluk da doğrudan halka veya halkın temsilcileri olan
seçilmiş meclislere karşı olmalıdır²⁷. Siyasi sorumluluk, sosyo-kültürel,

²³ Cumhurbaşkanlığı ile parlamento seçimlerinin beraber yapılması dar anlamda seçim
döngüsü konusunu oluşturmaktadır. Seçim döngüsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.,
Anayurt, Ömer/Erdoğan, Murat/Ekinci, Ahmet: “Devlet Başkanının Halk Tarafından
Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal
İstikrar Üzerine Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, Ord.
Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.
183-225.

²⁴ Asli nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri hakkında bkz., **Küçük, Adnan/Doğan,
Bayram**: “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzen-
leme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2019, s. 1-59.

²⁵ Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Doğan, Bayram**:
“Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama
Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 3, 2020, s. 965-1003; **Doğan, Bayram**: “Cum-
hurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı
Kararlarının Yargısal Denetimi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.
9, S. 2, 2019, s. 273-298.

²⁶ **Esen, Selin**: “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu
Dergisi, Yıl 74, S. 4, 2016, s. 45-73; **Doğan, Bayram/Geyik, Ali Fuat**: “Cumhurbaş-
kanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi”, SDÜHFD C. 10, S. 2, 2020, s.
19-45; **Gözler, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, 3. bs., 2019, s. 885-886;
Akartürk, Ekrem Ali: “2017 Anayasa Değişikliğinin Parlamentosuzlaştırma Etkisi
Üzerine”, YÜHFD, C. 15, 2020, s. 1-25.

²⁷ **Kaboğlu, İbrahim Ö.**: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 14. bs., Legal
Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 127-128; **Boyunsuz, Şule Özsoy**: “Türkiye İçin Hükümet
Sistemi Tercih”, <http://www.sosyaldemokratdergi.org/sule-ozsoy-boyunsuz-turkiye-icin-hukümet-sistemi-tercihi> (Erişim tarihi 26.03.2021); **Gözler, Türk Anayasa Hukuku,**
s. 855-856;

ekonomik, askeri veya yürütmeye ilişkin konularla ilgili olabilir. Yönetenlerin almış oldukları siyasi kararlar, siyasi sorumluluklarına neden olabilecektir. Siyasi sorumluluğun yaptırımını ise sorumlu kişinin görevden alınması neticesine kadar varabilmektedir²⁸. 1982 Anayasası'nın 106. maddesinin beşinci fıkrasında “*Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar Cumhurbaşkanına karşı sorumludur*” hükmüne yer verilmiştir. Görüleceği üzere Anayasa'da sorumluluk nedeni olarak herhangi bir sebep belirtilmemiştir. Bu nedenle aynı maddenin beşinci fıkrasında hükme bağlanan sorumluluk, herhangi bir sebeple işletilebilecek genel anlamda bir sorumluluk olarak düşünülmektedir. Dolayısıyla bu sorumluluk olsa olsa siyasi sorumluluk olabilecektir²⁹. 1982 Anayasası'nın 104/8 ve 106/4-5. maddeleri Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanların, Cumhurbaşkanına karşı olan sorumluluğunun bir siyasi sorumluluk olduğunu göstermektedir. Yeni sistemde de 1982 Anayasası'nın 104/1 fıkrasında “*Cumhurbaşkanı Devletin başıdır*” ve Anayasası'nın 104/2. fıkrasında “*Cumhurbaşkanı, Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milletinin birliğini temsil eder*” hükmüne yer verilmiştir.

1982 Anayasası'nın “*Egemenliği*” düzenleyen 6. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında “*Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir*”, “*Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre Cumhurbaşkanlığı makamı, egemenliği halk adına kullanan yetkili organlardan biridir³⁰. Dolayısıyla bu hükümden çıkarılabilecek sonuca göre Cumhurbaşkanı egemen olan halkın temsilcisidir. Keza Cumhurbaşkanının seçimle göreve gelmesi nedeniyle de meşruiyet açısından bu durum pekiştirilmiştir. Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar ise bu temsilciye karşı sorumlu olan kişilerdir. Başka bir ifadeyle 2017 Anayasa değişiklikleriyle parlamenter sistem sona erdiği için bakanların karşı-imza kuralına göre Cumhurbaşkanının tasarruflarına sorumluluk üstlenme anlamında katılım sağlayarak, TBMM'ye karşı siyasi sorumluluk üstlenmeleri artık söz konusu değildir³¹.

Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılığı veya bakan hakkında siyasi sorumluluk mekanizmasını işletirken, atama ve görevlerine son verme

²⁸ **Atar**, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Seçkin yayıncılık, 13. bs., Ankara, 2019, s. 300.

²⁹ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 882.

³⁰ 1982 Anayasası'nın “*Egemenliği*” düzenleyen 6. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına göre yetkili organlar: Yasama, Yürütme (Cumhurbaşkanlığı makamı) ve Yargı organıdır.

³¹ **Küçük**, Adnan: Türkiye'de Başkanlık Sistemi, Adres Yayınları, Ankara, 2020, s. 204; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 883; **Tunç**, Hasan: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, ERÜHFD, C. XIV, S. 2, 2019, s. 563.

şeklinde tasarrufta bulunabilir³². Nitekim bu tasarruf Anayasa'nın 104. maddesinin sekizinci fıkrasında, Cumhurbaşkanı, “*Cumhurbaşkanı yardımcılığı ile bakanları atar ve görevine son verir*” hükmüyle ifade edilmiştir. Aynı şekilde Anayasa'nın 106. maddesinin dördüncü fıkrasında, “*Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar Cumhurbaşkanlığı tarafından atanır*” ifadesine yer verilmiştir. Anayasa'nın lafzından açıkça anlaşılan, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları görevden alma yetkisinin de bir şarta bağlanmaksızın Cumhurbaşkanına verildiğidir. Zira Cumhurbaşkanı ile bakanlar arasındaki ilişki hiyerarşik bir ilişkidir ve Cumhurbaşkanı bakanların hiyerarşik amiri olarak kabul edilmektedir³³. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanları istediği zaman herhangi bir gerekçe göstermeksizin azledebilir. Bu şekilde görevden alma ancak siyasi sorumluluk durumunda ortaya çıkar.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların sorumluluğu Cumhurbaşkanına karşıdır. Cumhurbaşkanı yardımcılığı, Cumhurbaşkanından ve bakanlardan farklı olarak siyasetin yürütülmesinde aktif değildir; dolayısıyla konumları ve etkinlikleri farklıdır. Cumhurbaşkanı yardımcılarının en önemli işlevi, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması veya Cumhurbaşkanının, hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hâllerinde, yenisi seçilene veya görevine dönüşüne kadar Cumhurbaşkanlığına vekâlet ederek, Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanmaktır. Cumhurbaşkanı yardımcılarının seçilebilme şartları hakkında sadece, milletvekili seçilme yeterliliğinin bulunmasını arayan Anayasa kuralının en çok eleştirilen yönü, yetkileri oldukça genişletilen Cumhurbaşkanına belirtilen hâllerde, hiçbir temsili sıfatı olmayan Cumhurbaşkanı yardımcılarının vekâlet edecek olmasıdır³⁴. Seçimle belirlenmeyerek Cumhurbaşkanı tarafından atanan Cumhurbaşkanı yardımcılarının belirtilen hâllerde Cumhurbaşkanına vekâlet edecek olmaları Cumhurbaşkanlığı sistemini demokratik kılmayacak unsur olarak görülmektedir³⁵.

Bakanlar Kurulu'nun kaldırılması ve Cumhurbaşkanının yetkilerinin genişletilmesiyle Cumhurbaşkanlığı sisteminde bakanlar, “*Cumhurbaşkanının birer görevlileri ya da devletin yüksek bürokratları*” olarak görülmeye

³² Yıldız, s. 527.

³³ Anayurt, s. 323.

³⁴ Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 363; Şirin, Tolga: “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı”: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 7, S. 4, Yıl 2018, s. 342-343; Özbudun, s. 313.

³⁵ Çalışır, Kurtuluş Tayanç: Demokrasi ve Türk Tipi Başkanlık Sistemi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 72, Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 363.

başlamıştır³⁶. Çağlayan'a göre de Anayasa'da bakanlar ile birlikte Cumhurbaşkanı yardımcılarının atanmasının üst kademe yöneticilerinin atanmasından farklı yerlerde düzenlenmiş olması, Meclis huzurunda yemin etmeleri, görevleriyle ilgili suçlardan ötürü Meclis soruşturmasına tabi tutulmaları, görevleriyle ilgili olmayan suçlar bakımından da yasama dokunulmazlığına sahip olmaları gibi muameleler, onları siyasi yönleri ağır basan kamu görevlisi konumuna erdirmektir³⁷.

Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar ile TBMM arasında hukuki ve siyasi birtakım ilişkiler olabilir. Bunlardan biri Cumhurbaşkanı tarafından atanan Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların, TBMM'de ant içerek göreve başlamalarıdır (AY m. 106/4). Bir diğeri ise TBMM üyelerinin, Cumhurbaşkanı yardımcılara ve bakanlara yazılı soru sorma yetkisidir (AY m. 98/5). Coşkun'a göre değişiklikten önce sözlü soru sorulmasının yazılı soru olarak değiştirilmesi parlamento açısından önemli bir eksik olarak değerlendirilmektedir³⁸. Son olarak Anayasa'nın 106. maddesinin beşinci fıkrasına göre TBMM'de *“Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar hakkında görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir”*.

Soruşturma kapsamında *“Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir”*. TBMM, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğuyla Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanları Yüce Divan'a sevk edebilir (AY m. 98/4 ve 106/5-10). Bu durum Cumhurbaşkanı yardımcılarının TBMM'ye karşı sorumlu olduğu anlamına gelmez³⁹. Anayasa'nın açık hükmünden de anlaşılacağı üzere gerek soruşturma açılmasının istenebilmesi gerek soruşturma açılmasına karar verilebilmesi gerekse sorumluları Yüce Divan'a sevk için aranan asgari sayı çok yüksek olduğu gerekçesiyle hukuki ve yargısal denetimin işlevselliği tartışılabilir⁴⁰.

³⁶ Uslu, s. 264-265.

³⁷ Çağlayan, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 132-133.

³⁸ Coşkun, Vahap: “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, DÜHFD, Cilt: 22, Sayı: 36, Yıl: 2017, s. 13.

³⁹ Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 883.

⁴⁰ Dönmez, Gökhan: “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Türkiye'de Meclis Soruşturması”, DÜHFD, C. XXV, S. 42, 2020, s. 55; Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 160.

Siyasi sorumluluk türünde hükümetin ve bakanların, parlamenter sistemde uyguladıkları politikalar, aldıkları kararlar ve her türlü işlem ve eylemlerinden dolayı sorumlu oldukları parlamento tarafından gensoru yoluyla görevden düşürülmeleri mümkündür⁴¹. 2017 Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önceki durum ile sonraki durum arasında bakanlar açısından büyük farklılıklar vardır. Eski sistemde bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı değil TBMM'ye karşı sorumluydu. Bu sorumluluk hem kolektif hem de bireysel nitelikteydi. TBMM, güvensizlik oyu vererek, bütün bakanları veya isterse sadece bir bakanı görevden alabiliyordu⁴².

Bakanlar, parlamenter hükümet sistemde siyasetin belirlemesine katılırlar. Belirlenmiş olan bu siyaset ile birlikte Bakanlar Kurulu olarak kolektif bir şekilde, bakan olarak ise kendi bakanlıklarında bireysel olarak faaliyete geçilmesini sağlarlar. Parlamenter sistemlerde bakanların siyasi sorumluluğu, uyguladıkları politikalar neticesinde parlamentonun güvenini yitirmeleri durumunda gerçekleşmekte ve parlamentonun, bakan veya Bakanlar Kurulu için yaptığı güven oylamasında güvensizlik oyu almaları halinde görevden çekilmelerini gerektirebilecek bir sorumluluk türüdür⁴³.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde, bakanların kendi bakanlıklarıyla ilgili aldıkları kararlarda ve yaptıkları uygulamalarda Cumhurbaşkanına karşı siyasi sorumlulukları bulunmaktadır. Siyasi sorumluluk halk tarafından seçilen yöneticinin halka veya parlamentoya karşı olan sorumluluğunu ifade etmektedir. Görevden alma mekanizmasını siyasi bir sorumluluk olarak gensoru yoluyla parlamento yürütmektedir⁴⁴.

Cumhurbaşkanlığı sisteminde Cumhurbaşkanının bakanları görevden alması için başarısızlık, sorumluluk gibi sebeplere ihtiyacı bulunmamaktadır. Yani Cumhurbaşkanı bakanlarını hiçbir gerekçe göstermeden her zaman görevden alabilir. Bu durum Cumhurbaşkanlığı sisteminden önce uygulanan parlamenter sistemde gensoru yöntemi işletilmeden bakanların, başbakanın isteğiyle Cumhurbaşkanı tarafından görevden alınabilmesine benzetilebilir. Cumhurbaşkanlığı sisteminde, Cumhurbaşkanı sadece bakanları değil ayrıca kendisinin atadığı üst kademe yöneticilerini de Anayasa'nın verdiği yetkiye dayanarak doğrudan görevden alabilir. Yeni sistemde bakanların TBMM'de siyasi olarak sorumlu tutulabilmeleri mümkün olmamaktadır. Hakkında Meclis soruşturması açılan bir bakanın istifa etmesi, ABD başkanlık siste-

⁴¹ **Erdoğan**, Mustafa: Türk Anayasa Hukuku, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 166.

⁴² **Küçük**, Türkiye'de Başkanlık ..., s. 204; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 883.

⁴³ **Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 24. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 512.

⁴⁴ **Atar**, s. 306; **Küçük**, Türkiye'de Başkanlık ..., s. 204.

mindeki ceza soruşturması aracı olan “*impeachment*” (suçlama) yöntemi, siyasi sorumlulukla sonuçlanması gibi bir mekanizmanın Türk sisteminde de ortaya çıkmasından söz edilebilecektir⁴⁵.

TBMM’de Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlara karşı gensoru önergesi kapsamında güvensizlik oyu verilerek görevlerine son verilmemesi, yani yasamaya karşı siyasi sorumsuzluk hâli ABD’deki sistemle benzerlik göstermektedir⁴⁶.

ABD sistemindeki *impeachment* mekanizması cezai bir sorumluluk olmasına rağmen bunun siyasi boyutu da olabilmektedir. Bu durum büyük kabahat ve suçların neler olduğunun tespitinde ortaya çıkabilir. Büyük kabahat ve suçların tanımlanmasının Temsilciler Meclisi’ne ait olması siyasi emarelere ihtimal vermektedir. Bu mekanizma ABD’de güçlerin dengelenmesinde bir siyasi denge denetim görevi görmektedir⁴⁷. ABD’de yürütmenin monist yapısı gereği başkan, siyasi olarak sadece Amerikan halkına karşı, bakanlar da bağlı buldukları başkana karşı siyasi olarak sorumludur⁴⁸.

⁴⁵ Atar, s. 306.

⁴⁶ Küçük, Türkiye’de Başkanlık ..., s. 205.

⁴⁷ Yıldız, s. 523-525.

⁴⁸ Arjantin’de, Kabine başkanı (başbakan) ve bakanlar hem başkana hem de Kongreye karşı siyasi olarak sorumludurlar. Kosta Rika’da başkan, Anayasa’nın münhasıran kendisine verdiği yetki ve görevlerin yerine getirilmesinden dolayı sorumludur. Her bir bakan, Anayasa’nın her ikisine birlikte verdiği yetki ve görevlerin yerine getirilmesinden dolayı başkan ile birlikte sorumludur. Brezilya’da yürütmenin göreve başlaması ve görevini sürdürebilmesi için parlamentodan güvenoyu almasına gerek yoktur. Meksika’da Kabine üyelerinin bireysel olarak ya da Kabinenin kolektif olarak yasama organına karşı siyasi sorumlulukları mevcut değildir; bu sebeple, Kongre, bakanların görevine son veremez. Bakanların siyasi sorumluluğu sadece Başkan’a karşıdır. Uruguay’da yasamanın her iki kanadı Genel Kurulun ortak oturumunda hükümet politikaları ve uygulamaları sebebiyle Bakanlar hakkında güvensizlik oyu ile kınama kararı verebilir. Şili’de TM’de üyelerinin oy çokluğuyla başkana iletilmek üzere yazılı soru önergesi verilebilir. Bakanlar siyasi olarak sadece başkana sorumludurlar, görevlerine sadece başkan tarafından son verilebilir. Peru’da Kabine, kolektif bir yapı olarak yasama organının güvenoyuna tabidir. Kongre üyeleri, Bakanlar Kurulu Başkanı’na (Başkan) ve üyelerine karşı hem bireysel hem de kolektif sorumluluk kapsamında, gensoru önergesi verebilir ve yapılan oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu ile güvensizlik oyunun verilmesi hâlinde görevlerine son verilebilir. Burada Başbakanın (Kabine Başkanı) ve bakanların hem Başkan’a hem de Kongre’ye karşı siyasi sorumlulukları mevcuttur. Venezuela’da Başkan Yardımcısı veya bir bakan hakkında, Millet Meclisi’nde yapılan oylama ile güvensizlik oyu verilebilir. Başkan Yardımcısı ve bakanların görevine, Başkan tarafından son verilebileceği gibi, Millet Meclisi üyelerinin en az 2/3’nin (Başkan Yardımcısı hakkında) veya 3/5’nün (bakanlar hakkında) vereceği güvensizlik oyu ile de son verilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Küçük, Türkiye’de Başkanlık ..., s. 57-59.

Cumhurbaşkanına vekâlet, Cumhurbaşkanı yardımcılarının aslî vazifesi/ sorumluluğu olduğu için Cumhurbaşkanı yardımcılarının, Cumhurbaşkanının politikasını veya yürütme anlayışını beğenip beğenmemesi söz konusu olamaz. Bu nedenle Cumhurbaşkanı yardımcılarının daha çok stratejik temsil ve kamu bürokrasisinde etkin bir kişi olması beklenebilir.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının bazı açılardan bakanlarla benzerlik gösterdiği düşünülebilir. Nitekim Anayasa'nın 6771 sayılı Kanunla değişik 98. maddesine göre, “*Yazılı soru, yazılı olarak en geç onbeş gün içinde cevaplanmak üzere milletvekillerinin, Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlara yazılı olarak soru sormalarından ibarettir.*” Anayasa'nın lafzi hükmü gereğince, TBMM üyeleri, on beş gün içerisinde cevaplanmak üzere Cumhurbaşkanı yardımcılığına ve bakanlara soru yöneltebilirler. Yazılı sorunun bakanlar ile birlikte Cumhurbaşkanı yardımcılığına da sorulabilmesi örneğinde olduğu gibi. Yıldız'a göre bu durum, Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütmeden bilgi edinme imkânının ortadan kalkmadığı şeklinde değerlendirilmektedir; nitekim eski sistemde söz konusu olan TBMM'nin bu şekildeki bir bilgi edinme yolu Cumhurbaşkanlığı sisteminde de devam etmektedir⁴⁹.

Cumhurbaşkanı yardımcılığı ile bakanlardan siyasi olarak bilgi edinilmesi yollarından diğerleri de Meclis araştırması ve genel görüşme yollarıdır. Bu tür denetim usulleri yeni sistemde de uygulanmaktadır. Anayasa'nın 6771 sayılı Kanunla değişik 98. maddesine göre “*Meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemeden ibarettir.*” Bu kapsamda yapılacak siyasi denetim yolunda, herhangi bir konuda bilgi edinmek üzere yapılacak araştırma ile toplumu ve devlet faaliyetlerini ilgilendiren bir konunun Meclis genel kurulunda görüşülerek, Cumhurbaşkanı yardımcılığı ile bakanların denetlenmesi siyasi olarak hesap vermesi söz konusudur⁵⁰. Siyasi açıdan hesap sorma yöntemi olarak değerlendirebilecek olmasına rağmen, yazılı soru, genel görüşme ve Meclis araştırması denetimleri ile Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların görevlerinin sona erme olanağı yoktur⁵¹. Dolayısıyla bu tür bilgi edinme yollarının etkinliğinin yetersiz olduğu düşünülmektedir⁵².

⁴⁹ Yıldız, s. 527-528.

⁵⁰ Gülener, Serdar/Biricikoğlu, Hale: “Türkiye’de Bürokrasinin Hesap Verebilirlik Açığı ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Hesap Verebilirliği”, Ombudsman Akademik, Y. 3, S. 5, 2017, s. 86.

⁵¹ Yıldız, s. 528.

⁵² Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 160.

Bu durumlarda TBMM, her ne kadar Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanların siyasi sorumluluğuna dayanarak görevine son veremiyorsa da seçimleri yenileme yetkisini kullanarak, yani Cumhurbaşkanı, yeniden seçime gitmek zorunda bırakarak, başarısız bulunduğu Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlarının dolaylı olarak görevinin sona ermesini sağlayabilir. Bu durumda halk tarafından da başarısız olduğu değerlendirilen Cumhurbaşkanı tekrar seçilemeyecektir⁵³. Bu açıklamalardan şu sonucu çıkarmak mümkündür. Başkanlık sisteminde, başkan sadece egemene karşı sorumludur; buna karşın Cumhurbaşkanlığı sisteminde, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar ile birlikte aynı zamanda Meclis'e karşı da sorumlu hâle gelmektedir⁵⁴.

II. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARI VE BAKANLARIN CEZAI SORUMLULUKLARI

Çalışmanın bu kısmında, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların cezai sorumluluklarını, görevleriyle ilgili ve görevleriyle ilgili olmayan suçlarından dolayı cezai sorumluluk olarak ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

A. Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanların Görevleriyle İlgili Suçlarından Dolayı Cezai Sorumluluğu

Sorumluluk veya hesap verebilirlik; siyasi, hukuki ve idari açıdan ele alınabilir. Siyasi hesap verebilirlik, demokratik bir ülkede halkın seçim yoluyla hükümeti denetlemesidir. Zira hükümetler, bakanların icraatları nedeniyle Meclise hesap vermeleridir. Üst düzey bürokratların ve kamu yöneticilerinin kamusal faaliyetlerinden dolayı sorumluluğu da bu kapsamdadır. Siyasal sistem içindeki kamu kurumlarının özellikle de hükümetin faaliyetlerini inceleme, denetleme, gerektiğinde Anayasaya veya kanunlara aykırılık durumunda yaptırım kararı verebilme imkânına sahip yasama organının veya

⁵³ **Atar**, s. 300; **Gözler**, Meclis seçimleri ile Cumhurbaşkanlığı seçimlerini yenileyebilmek açısından, Cumhurbaşkanı ile TBMM'nin eşit şartlarda olmadığını, Meclis'in seçimleri yenileyebilmesi için üye tamsayısının beşte üç çoğunluğa (en az 360 milletvekiline) ihtiyacı olduğunu, bu sebeple de Meclis'in seçimleri yenileyebilme iradesini kullanabilme ihtimalinin çok düşük olduğunu belirtmektedir. **Gözler**, Kemal: "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri", 23.12.2016, s. 2, <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.10.2020). Aynı yönde bkz., **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 159-161.

⁵⁴ **Gözler**, "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa...", s. 2; **Gül**, Cengiz: İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 394; **Bilir**, Faruk: "Türkiye'ye Özgü Yeni Bir Hükümet Modeli: Cumhurbaşkanlığı Sistemi", Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), 2017, S. 94, s. 528.

özerk kamu kurumlarının varlığı yatay hesap verebilirliği sağlayan bir husus olarak açıklanabilir. Seçim yoluyla yürütme organlarının oluşumuna, görev ve yetkilerini kullanmasına karar vermek olarak açıklanan dikey hesap verilebilirlik kadar anayasal demokrasilerde tercih edilen hükümet sistemi fark etmeksizin yatay sorumluluğun ve bu sorumlulukların denetiminin de sağlanması gerekmektedir. Bu açıdan Türkiye’de de bu tür denetim organlarının yapısına; hükümet faaliyetleri, kamusal harcamalar, idari faaliyetler üzerindeki denge denetim usulünün etkinleştirilmesi adına iyileştirici değişiklikler yapılabilir⁵⁵.

Görevle ilgili cezai sorumluluk, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevlerini yerine getirirken, görevleri esnasında işledikleri suçlardan kaynaklanan sorumluluktur. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili bir suç işlediklerinde Cumhuriyet savcısının yapacağı soruşturma sonucuna ve genel hükümlere göre yetkili Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmazlar; Meclis soruşturması sonucunda Yüce Divan’a sevk edilirse orada yargılanırlar. Meclis soruşturması ve Yüce Divan’da yargılanma usulünün iki amacı vardır. Birincisi, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların, herhangi bir savcı tarafından açılacak soruşturmadan rahatsız edilmelerini engellemek ve bu amaçla korumaktır. İkincisi ise Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların, savcılar ve mahkemeler üzerinde yapabilecekleri baskıların önüne geçmektir⁵⁶.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının veya bakanların, görevini yaparken TCK’da yer alan; zimmet, irtikâp, rüşvet, görevi ihmal, görevi kötüye kullanma, kamu ihalelerine/alım-satımına fesat karıştırma ve kamu ihale/alım-satımı işlerinde menfaat temini gibi suçları işlemesi hâlinde Meclis soruşturması yoluyla Yüce Divan’a sevk edilmesi mümkündür⁵⁷.

1982 Anayasası’nın 106. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı Meclis soruşturması ile ilgili düzenlenme şu şekildedir:

“Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar görevleri ile ilgili suç işledikleri iddiasıyla TBMM üye sayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis önergeyi en geç bir ay içinde gö-

⁵⁵ **Yüksel**, Saadet: “6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundaki Denge-Denetim Mekanizmalarına İlişkin Genel Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 1053.

⁵⁶ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 884.

⁵⁷ **Atar**, s. 307; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 885; **Küçük**, Türkiye’de Başkanlık ..., s. 214.

rüşür ve üye sayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. Soruşturma açılmasına karar verilmesini halinde, Meclis-teki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak on beş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucu belirtilen raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi hâlinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir. Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımdan itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. TBMM üye tam sayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divan'a sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içerisinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.”

Meclis soruşturmasına ilişkin 2017 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra söz konusu 106. maddeye dayanılarak 9 Ekim 2018 tarihli İçtüzük değişiklikleri de doğal olarak dikkate alınmıştır. İçtüzüğün, Meclis soruşturmasını düzenleyen 107, 108, 109, 110, 111 ve 112. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede Meclis soruşturmasının muhataplarında bir değişiklik olmuştur. Şöyle ki “*başbakan ve başbakanlık*” kavramları sistemden çıkarılmış, buna karşılık “*Cumhurbaşkanı yardımcıları*” ile “*Cumhurbaşkanı yardımcılığı*” kavramları eklenerek, Meclis soruşturmasının muhatabı da Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar şeklinde yeniden düzenlenmiştir⁵⁸.

Yüce Divan yargılamasında savcılık görevini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcı vekili yapmaktadır. Yüce Divan yargılanması sonucunda iki ihtimal söz konusu olur. Birinci ihtimal, mahkûmiyet kararının seçilmeye engel bir suçtan verilmiş olması, ikincisi ise verilen mahkûmiyet kararının seçilmeye engel olmayan bir suçtan dolayı verilmiş olmasıdır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların Yüce Divan’a sevk edilmesi görevlerini sona erdirmez. Ancak Yüce Divan’da yargılanan Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olurlarsa görevleri sona erer. Söz konusu yargılanma şekli ve usulü eski Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar içinde geçerlidir⁵⁹.

⁵⁸ **Tülen**, Hikmet: “Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde 9 Ekim 2018’de Yapılan Değişiklikler ya da Malumun İlâmı”, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 933-934.

⁵⁹ **Gören**, Zafer: “2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Yıl 18, S. 36, Güz 2019/2, s. 27; **Atar**, s. 307; **Küçük**, Türkiye’de Başkanlık ..., s. 216.

Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanın görevinin sona ermesi için Yüce Divan'a sevk edilmiş olmaları yeterli olmayıp, Yüce Divan yargılanması sonucunda, seçilmeye engel bir suçtan dolayı mahkûm edilmeleri hâlinde görevlerinin sona ereceği hükme bağlanarak, tartışmalı bir konu olan Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevkiyle görevinin sona erip ermeyeceği konusu da netlik kazanmıştır⁶⁰.

Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın meclis soruşturması sonucunda Yüce Divan'a sevk edilmesi için Meclis üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu dolayısıyla 400 milletvekilinin iradesi gerekmektedir. Yüce Divan'a sevk için gereken bu asgari oran Anayasa değişikliğini halk oylamasına sunmaksızın kabul edilmesi için gerekli olan yeter sayısı ile aynıdır. Gözler, haklı olarak şu soruyu sormaktadır: Bir bakanın Yüce Divan'a sevk edilmesi Anayasa değişikliği kadar önemli bir konu mudur? Başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın Anayasa kadar korunmaya ihtiyacı neden olmalıdır⁶¹.

Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanların görevleriyle ilgili suçlardan dolayı cezai sorumluluklarına gidilmesi için gereken kurallar (Örneğin, Meclis soruşturması ve Yüce Divan'da yargılanma), görevdeki bakanlar değil fakat eski bakanlar için de geçerli kılınmıştır. Şöyle ki; Anayasa'nın 106. maddesinin sekizinci fıkrasında, “*bu kişilerin görevde buldukları sürede, görevleriyle ilgili işledikleri iddia edilen suçlar bakımından, görevleri bittikten sonra da beşinci, altıncı ve yedinci fıkra hükümleri uygulanır.*” ifadelerine yer verilmiştir. Anayasa'nın bu hükmüne göre, görevde olmayan eski Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan hakkında görevdeyken suç işlediği iddia edilirse, eski Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan hakkında da meclis soruşturması açılması gerekecektir. Bu nedenle görevde olmayan eski Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın cezai olarak yargılanmasının bu kadar zor şartlara bağlanmış olması eleştirilmektedir. Daha önce açıklandığı üzere, Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanların cezai sorumlulukları yoluna gidilebilmesi için Meclis soruşturmasının getirilmesinin nedeni, hem Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanları hukuki güvenceye almak hem de Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanların yargı mensupları üzerinde herhangi bir baskı ihtimaline karşı yargı mensuplarını güvenceye

⁶⁰ **Doğan/Doğan**, s. 469; **Kutkan**, Oğuzcan: “Türk Anayasa Hukukunda Meclis Soruşturması ve 2017 Anayasa Değişiklikleri”, Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları, Ed.: Ferhat Uslu, PESA Publications, 2017, s. 151.

⁶¹ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 885. Aynı yönde bkz., **Akartürk**, s. 1-25.

almaktır. Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanların görevlerinin sona ermesi halinde bu iki neden de söz konusu olmayacaktır⁶².

Görevleri sona eren Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanlar hakkında, Meclis soruşturmasının uygulanması -gerçek amacı cezai sorumluluk yoluna gidebilmek olan bu usulde- hükümet değişikliğinden sonra adeta bir siyasi hesaplaşmaya neden olabilir. Bu durumda belirli bir süre hükümette yer alan Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanların partileri seçimleri kaybettiğinde farklı hükümet dönemlerinde eski dönemin Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanları hakkında meclis soruşturması yoluyla Yüce Divan'a sevk edilebilme ihtimali söz konusu olacaktır. Nitekim Türkiye'de koalisyon hükümetlerinin etkin olduğu 1990'lı yıllarda ve 3 Kasım 2002 tarihli seçim sonucu yaşanan hükümet değişikliğinden sonra bu durumun örnekleri görülmüştür. İktidardayken bir bakan hakkında işletilemeyen Meclis soruşturması, bakan hükümet dışı kaldıktan sonra veyahut Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanların yer aldığı siyasi iktidarın, iktidardan düşmesi ile Meclis soruşturması yoluna gidilmesi usulünün hukukiliğinin sorgulanmasına yol açacaktır⁶³.

2017 Anayasa değişikliğinden sonra, Cumhurbaşkanı yardımcılarını veya bakanlar hakkında meclis soruşturması açılması önergesinin verilmesi (Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu ki bu sayı 301'dir), meclis soruşturmasının açılması kararı (Meclis üye tam sayısının 3/5'i yani 360 vekil) ve Yüce Divan'a sevk kararı için (Meclis üye tam sayısının 2/3' ü dolayısıyla 400 vekil) çok yüksek asgari karar yetersayıları getirilmiştir. Oysa ki 2017 Anayasa değişikliğinden önce, Meclis soruşturması açılması önergesinin verilmesi için üye tamsayısının onda biri, Meclis soruşturmasının açılması kararı için toplantıya katılanların salt çoğunluğu ve nihayet Yüce Divan'a sevk kararı için Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun bu konudaki iradesi aranmaktaydı. 2017 Anayasa değişikliğiyle yeniden belirlenen bu karar yeter sayıları düzenlemesiyle, Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanların görevleriyle ilgili suçlardan dolayı cezai sorumlulukları yoluna gidilmesi

⁶² **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 885. **Esen**, s. 49-50.

⁶³ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 885. Bizim de katıldığımız Kemal Gözler, konuyu şu şekilde açıklamaktadır: Türkiye'de 3 Kasım 2002 seçimlerinden sonra iktidar değişimi yaşanmış koalisyon değil tek bir parti hükümet olmuştur. Keza bu süreçte Yüce Divan'a sevk edilen bakanlar da olmuştur. Şayet söz konusu bakanlar, görevleriyle ilgili birçok suç işlemişlerse, neden bu bakanlar hakkında 3 Kasım 2002 seçimlerinden önce Meclis soruşturması yoluna gidilmemiştir? Hukuki olarak bu soruya cevap vermek veya bu durumu açıklamak zor olsa gerektir. **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 885-886.

pek de uygulama olanağı kalmayan bir denetleme durumuna düşmüştür⁶⁴. Bu durum ise hukuk devleti ilkesini zayıflatıcı bir değişiklik olarak değerlendirilebilir.

Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'a sevk edilmesi ve yargılanması için öngörülen çoğunluğun 1982 Anayasası'nın ilk hâlindeki Meclis soruşturması için aranan çoğunlukla karşılaştırıldığında Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların sorumluluğunun işletilmesi hemen hemen imkânsızdır ve bu durum onlara büyük bir koruma sağlamaktadır⁶⁵. Öğretide bazı yazarlar, Meclis araştırması usulünün Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların sorumluluğunun işletilmesinde etkili bir yol olduğu hatta bunun siyasi sorumluluk olarak da düşünülebileceğini belirtmektedir⁶⁶.

Özsoy Boyunsuz, Parlamenter sistemlerde “bakanlar kurulunun mütecanis” olduğunu ve belirli bir hükümet programı üzerinden siyasi sorumluluğu paylaştıklarını bu nedenle de bakanların bireysel sorumluluğu devam etmesi vurgulamaktadır. Bu sayede yürütme üyelerinin seçilmiş ve ortak bir hükümet programı / planı etrafında toplanan üyelerden oluşacağını savunmaktadır. Nitekim Yazar'a göre, “bakanlar iktidar paydaşdır” bu nedenle “süreci sahiplenir ve sorumluluğunu taşırlar.” Yazar, Cumhurbaşkanlığı sisteminin Türkiye için uygun olmadığı hakeza denge denetim mekanizmalarının yetersiz olduğu bu nedenle de parlamenter sisteme geri dönülmesi gerektiği düşüncesindedir⁶⁷.

B. Cumhurbaşkanı Yardımcılığı ve Bakanların Görevleriyle İlgili Olmayan (Kişisel Suçlar) Suçlarından Dolayı Cezai Sorumluluğu

Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar görevleriyle ilgili olmayan suçlarından dolayı da cezai olarak sorumludurlar. Göreve başlamadan önce veya görev esnasında işledikleri kişisel suçlardan dolayı yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden faydalanırlar (AY m. 106). Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanları görevleriyle ilgili olmayan suçları işlemeleri hâlinde milletvekili dokunulmazlığı usulüne göre dokunulmazlıkları kaldırır-

⁶⁴ Akartürk, s. 18-20. Aynı yönde bkz., Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 885-886; Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 159-161.

⁶⁵ Doğan/Geyik, s. 31-34; Kaboğlu, 2016, s. 39-41; Dönmez, s. 54.

⁶⁶ Alkan, Haluk: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi”, Yeni Türkiye Dergisi, S. 94 Yıl, 2017, s. 1-5; Gül, Abdulhamit: “Milletin Özne Olduğu Sistem: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi, S. 94 Yıl, 2017, s. 18-20; Yıldız, s. 528-529; Küçük, Türkiye’de Başkanlık ..., s. 216; Gülener/Biricikoğlu, s. 80-85.

⁶⁷ Özsoy Boyunsuz, “Türkiye İçin Hükümet Sistemi Tercihi”, (Erişim tarihi 26.03.2021).

larak genel ceza mahkemelerince yargılanırlar. Bu nedenle Yüce Divan'da yargılanmaları söz konusu değildir. Çünkü Anayasa sadece görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanmalarını öngörmüştür. Görevleriyle ilgili olmayan bir suçtan dolayı genel ceza mahkemesinde yargılanması için dokunulmazlığı Meclis tarafından kaldırılan Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevi sona ermez. Ancak yargılanma sonucu milletvekili yeterliliğini ortadan kaldıran bir suçtan mahkûm olurlarsa görevleri sona erer⁶⁸.

Anayasa'nın değişik 106. maddesine göre Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların işledikleri kişisel suçlardan dolayı yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlere tabi oldukları ve yargılanmaları TBMM'nin onayına bağlı olduğu belirtilmiştir. Bu durum başkanlık sisteminin bir özelliği değildir. Parlamenter sistemde bakanlar, parlamentonun da üyesi olduklarından yasama dokunulmazlığından yararlanırlar. 1982 Anayasası'nda dışardan kabineye atanan bakanlarda göreve başladıkları andan itibaren yasama dokunulmazlığına sahip olmuşlardır. Başkanlık sisteminde ise görevleriyle ilgili olarak, yürütme üyelerinin Yüce Divan'da yargılanması parlamentonun onayına bağlı iken, görevleriyle ilgili olmayan suçlardan dolayı ise yargılanmaları konusunda parlamentonun onayı aranmamaktadır. ABD'de göreviyle ilgili suçlar bakımından görevinin bitmesi beklenirken, görevi ile ilgili olmayan suçlarda görevin sona ermesi beklenilmeksizin yargılamanın normal yargı sürecine tabi olması gerektiği kabul edilmiştir. Bu sebeple Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların görevi ile ilgili olmayan suçlar nedeniyle yasama dokunulmazlığına sahip olması başkanlık sisteminin mantığına aykırıdır⁶⁹.

Anayasa'nın değişik 106. maddesine göre kişisel suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların yasama dokunulmazlığına sahip olduğu yukarıda ifade edilmişti. Anayasa'nın 83. maddesi çerçevesinde seçimden önce veya sonra bir suç işlediği iddiasıyla Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların tutulması, tutuklanması, sorguya çekilmesi ve yargılanması mümkün değildir. Ancak Anayasada belirtilen usulle dokunulmazlık kaldırıldığında yargılanmaları mümkün olacaktır. Ayrıca ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli ile seçimden önce soruşturmasına başlanmış olması şartıyla Anayasa'nın 14. maddesine giren durumlar dokunulmazlığın istisnasıdır⁷⁰.

⁶⁸ **Atar**, s. 307-308; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 887; **Küçük**, Türkiye'de Başkanlık ..., s. 216.

⁶⁹ **Tunç**, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitapevi, 2. bs., 2019, s. 311.

⁷⁰ **Yıldız**, s. 528.

Bakanların da sorumlulukları, diğerleri gibi Medeni Kanun, Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu ve özel hukuka ilişkin ve diğer mevzuatlarla düzenlenmiş olan hukuki sözleşmeleri, eylemleri ve işlemleri yaptıkları takdirde, bu kanunlarda öngörülen sorumlulukları üstlenmiş bulunmaktadır. Örneğin, bakan yaptığı işlemlerden dolayı yani kira, satış veya vekâlet sözleşmesi gibi üstlenmiş olduğu borçlarını yerine getirmediği takdirde sözleşme karşı taraf hukuk mahkemelerine başvurarak bakanın borcuna karşı edimin ifasını talep edebilecektir.

III. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILARI VE BAKANLARIN HUKUKİ SORUMLULUKLARI

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların hukuki sorumluluğuyla ilgili Anayasa'da bir hüküm yoktur. Fakat Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, birer gerçek kişidir ve hukuki sorumlulukları genel hükümlere tabidir⁷¹. Görevli mahkemeler ise adli yargı koluna mensup hukuk mahkemeleridir. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların hukuki sorumluluğunu, görevleriyle ilgili ve kişisel eylem ve işlemlerinden kaynaklanan hukuki sorumluluk olarak iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz.

A. Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanların Görevleriyle İlgili İşlemlerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevleriyle ilgili işledikleri suçlar veya işlemler nedeniyle devleti zarara uğratmaları sonucunda bu zararların tazmini Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların aleyhine genel hukuk mahkemelerinde açılacak tazminat davalarıyla gerçekleştirilecektir⁷².

Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevleriyle ilgili hukuki sorumlulukları tamdır. Hizmet kusurları nedeniyle ortaya çıkan hukuki sorumlulukları idare hukukundaki idarenin kusurlu sorumluluğudur. Bu yüzden Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların hizmet kusuru teşkil eden eylem ve işlemlerinden dolayı ortaya çıkan zararından dolayı idare sorumludur. Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına göre idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Yani Cumhurbaşkanı yardımcılarında değil Cumhurbaşkanlığına, bakana değil bakanlığa karşı idari yargıda tam yargı davası açılmalıdır. Bazen Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanın görev esnasında göreviyle ilgili yaptığı bazı eylem ve işlemler

⁷¹ Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 2. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 883.

⁷² Atar, s. 308.

sonucunda hizmet kusuru değil kişisel kusur söz konusu olabilir. Zarara uğrayan kişi teorik olarak Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı ve bakanın şahsına karşı adli yargıda dava açıp tazminat isteyebilir. Ancak Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında bu mümkün görülmemektedir. Çünkü bu fıkra göre; “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil şartlarına uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir*”⁷³ hükmüyle bu konuyu netleştirmiştir.

ABD’de Başkan yardımcısının hukuki sorumluluğu kişisel işleri ile ilgili özel hukuka ilişkin sorumluluğu tamdır. Bu hukuk devleti ilkesinin ve hukukun üstünlüğünün doğal bir sonucudur. Buna karşın ABD’de Başkan yardımcısının göreviyle ilgili olarak sorumluluğu bulunmamaktadır. Nitekim Nixon v. Fitzgerald ve Cheney v. United States District Court for the District of Columbia davalarında idarenin tazminat sorumluluğunun olmadığına karar verilmiştir. İdarenin sorumsuzluğu Anayasa’da yer almamasına karşın mahkemeler tarafından yürütmenin bağımsız olarak görevini rahatlıkla yerine getirmesini şartı olarak kabul edilmiştir⁷⁴.

B. Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanların Kişisel Eylem ve İşlemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar da diğer kişiler gibi Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve özel hukuka ilişkin hukuki sözleşme, eylem ve işlemleri yaptıklarında, bunlarda belirtilen sorumlulukları üstlenmiş olurlar. Yani Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar gerçek kişi olarak, özel hukuk alanında yaptıkları görevleriyle ilgili olmayan kişisel eylem ve işlemlerinden herhangi bir gerçek şahıs gibi sorumludurlar. Örneğin Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar da görevi dışında kendisine yazlık konut kiralayabilir; sonra bu konutun kirasını ödemiş olabilir veya kendisine bir ev arsa veya otomobil almış olabilir ya da görevi dışında haksız fiil işlemiş olabilirler. Görevleri dışında, kendi özel otomobiliyle kusurlu olarak birine çarpmış olabilirler. Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar görevleriyle ilgili olmayan sözleşme ve işlemlerden meydana gelen zararlardan dolayı hukuki olarak sorumludurlar ve bu sorumluluk kapsamında

⁷³ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 888-889; **Küçük**, Türkiye’de Başkanlık ..., s. 216-217; **Atar**, s. 308.

⁷⁴ **Myers**, James D.: “Bringing the Vice President into the Fold: Executive Immunity and the Vice Presidency”, Boston College Law Review, Vol. 50, Issue 3 No. 3, 2009, s. 912; **Küçük**, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde ..., s. 60-61.

verdikleri zararları, gerçek kişiler gibi tazmin etmek zorundadırlar. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tazmin etmedikleri takdirde yetkili ve görevli hukuk mahkemelerinde haklarında dava açılabilir. Verdikleri zararı tazmin etmeleri doğrultusunda karar çıkmasına rağmen oluşan zararı tazmin etmemeleri hâlinde haklarında icra takibi başlatılabilecektir⁷⁵.

Son olarak, Cumhurbaşkanlığı sisteminde bakanların yapmış olduğu işlemlerden oluşabilecek hukuki durumda Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu var mıdır sorusu akla gelebilir. 1 Numaralı "Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"nin 503/2 maddesinde, Bakanların sorumluluğunun meclise karşı değil fakat yeni sistem gereği Cumhurbaşkanı'na karşı olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, Bakanların yaptıkları iş ve işlemlerden dolayı Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu doğacak mıdır? Kararnamenin 503/1. maddesine göre, "*Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup, bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir*" hükmüne yer verilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere mezkûr Kararname, "*bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu*" kişi / makam olarak ilgili Bakanı öngörmüştür. Bu durum Bakanın veya bakanlık üst düzey bürokratlarının, Cumhurbaşkanı'nın emir ve talimatları doğrultusunda yaptıkları işlemleri de kapsamakta mıdır? Böyle bir ihtimalde, Anayasa'nın 137. maddesinde düzenlenen "kanunsuz emir"⁷⁶ başlıklı hükmü uygulanmalıdır. Bu olasılığın haricinde Bakan, Anayasa, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kendisine verilen yetkileri kullandığında, yapılan işlem veya eylemlerden sorumlu olacağı kabul edilmelidir⁷⁷.

⁷⁵ **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 888; **Küçük**, Türkiye'de Başkanlık ..., s. 218; **Atar**, s. 308-309.

⁷⁶ Anayasa madde 137: "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz".

⁷⁷ Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınları: No. 861, İstanbul, 2019, s. 54.

SONUÇ

Yetki ve sorumluluğun paralelliği ilkesi kapsamında, 2017 yılından önceki hükûmet sisteminde, karşı-imza kuralı gereği yürütme organının sorumlu kanadı olan Bakanlar Kurulunun siyasal sorumluluğu üstlendiğini söyleyebiliriz. Fakat 2017 Anayasa değişikliğinden sonra tek yapılı hükûmet modelinin benimsenmesiyle yürütme yetkisi tümüyle Cumhurbaşkanına verildiği için tüm siyasal sorumluluk da Cumhurbaşkanına bırakılmıştır.

Cumhurbaşkanı yardımcılarının sorumlulukları bağlamında ABD ve Türk sistemleri farklılaşmaktadır. Nitekim ABD’de başkan yardımcısı seçimle iş başına geldiği için görevinin sona ermesi de yeni seçim dönemine kadar sürmektedir. Keza ABD’de başkanın veya Kongrenin, başkan yardımcısının görevini sona erdirmesi söz konusu değildir. Türkiye’de ise TBMM’nin Cumhurbaşkanı yardımcılarının ve bakanların görevini sona erdirmesi yetkisi yoktur. Ancak TBMM’nin, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlardan yazılı soru, Meclis araştırması ve genel görüşme gibi yöntemlerle bilgi edinme yetkisi vardır. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumludur. Bu nedenle Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanların görev süresi Cumhurbaşkanı tarafından belirlenerek sınırlandırılabilir.

ABD’de başkan yardımcısının cezai sorumluluğu başkan ile aynı doğrultudadır. O nedenle sorumluluğu gerektirecek herhangi bir durumda impeachment yöntemi ile karşı karşıya kalabilecektir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar ise kişisel suçlarıyla ilgili yasama dokunulmazlığından yararlanması, Anayasa’nın 106. maddesinin dokuzuncu fıkrasında şu şekilde hükme bağlanmıştır: “*Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır.*” Bu durum öğretilerde ve kamuoyunda, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanların, çeşitli kişisel suçlarından yargılanmalarını engelleneceği düşüncesiyle eleştirilmektedir. Buna karşın Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanlar, görevleriyle ilgili olarak haklarında cezai bir kovuşturmayı gerektirecek bir durum olması hâlinde gerek görev süresi devam ederken gerekse görev süreleri dolduktan sonra Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’nde yargılanacaktır. Konuyla ilgili olarak Anayasa’nın 6771 sayılı Kanunla değişik 106. maddesinde, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların sorumluluğuna yer verilmiştir. İlk olarak siyasi sorumluluk açısından söz konusu değişiklik öncesi Anayasa’daki düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı, yetkilerini karşı imza kuralı gereğince başbakan ve ilgili bakanın imzası ile kullanmak durumundaydı. O nedenle hükûmet tarafından

yapılan işlemde doğacak sorumluluk kapsamında, TBMM'ye karşı sorumlu makam başbakan ve imzası olan bakandı. Yeni sistemde ise, yürütme monist yapısı gereği Cumhurbaşkanında tezahür ettiği için Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların TBMM karşısında siyasi sorumluluğuna yer verilmemiştir. Fakat bu sorumluluk halka karşıdır. Hukuki sorumluluk açısından ise Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların kişisel veya özel hukuku ilgilendiren konularda herhangi bir vatandaş gibi sorumlulukları hâliyle eksiksiz mevcuttur.

Cezai sorumluluk açısından tali kurucu iktidar, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar için TBMM tarafından görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla soruşturma açılmasına Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle kabul edebilecek ve önerenin Meclis'te görüşülmesinin ardından Meclis üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verilebileceğini düzenleyerek Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların cezai sorumluluklarının işletilmesini zorlaştırmıştır. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların yargılanmaları da güçleştirilmiştir. Şöyle ki Anayasa m. 106/7'ye göre, Meclis ancak, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divan'a sevk kararı alabilecektir. Kuşkusuz TBMM'de bu yüksek oranlara ulaşmak çok güçtür. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütme erkinin, gerektiği durumlarda soruşturulması ve yargılanmasındaki zorluk sistemin hukuki denetimden korunduğu eleştirilerini getirebilecektir.

Özet olarak, Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanların cezai sorumluluğuna ilişkin ihdas edilen bu yeni sistemin, söz konusu değişikliklerle getirilen hükümet sistemi ve hâlihazır siyasi partiler kanunu bağlamında pratikte uygulanması pek de mümkün değildir. Nitekim cumhurbaşkanlığı ile meclis seçimlerinin aynı gün gerçekleşmesi bu düşünceyi teyit etmektedir. Keza siyasi partiler bazı şartlarda Cumhurbaşkanı adayını da gösterebilecek dolayısıyla gerek Meclis çoğunluğunu sağlamak için gayret edecek gerekse de kendi Cumhurbaşkanı adayının seçilmesi için mücadele edeceklerdir. Bu denklemde seçilen Cumhurbaşkanı ve Meclis'te salt çoğunluğu elde edecek siyasi partinin farklı siyasi partiden olması, mevcut durumda pek olası görülmemektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve bakanlar hakkında soruşturma açılması ihtimali ancak siyasi havanın değişmesi sonucu yeni ve farklı siyasi görüşte bir Cumhurbaşkanı ve bir Meclis tarafından eski Cumhurbaşkanı yardımcılığı ve eski bakanlar için söz konusu olabilir. Bu şekilde açılacak soruşturmanın da hukukiliği tartışmalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akartürk**, Ekrem Ali: “2017 Anayasa Değişikliğinin Parlamentosuzlaştırma Etkisi Üzerine”, YÜHFD, C. 15, 2020, s. 1-25.
- Alkan**, Haluk: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yasama Denetimi”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), 2017, S. 94, s. 1-6.
- Anayurt**, Ömer/**Ekinci**, Ahmet: “Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 441-500.
- Anayurt**, Ömer/**Erdoğan**, Murat/**Ekinci**, Ahmet: “Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerine Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 183-225.
- Anayurt**, Ömer: Anayasa Hukuku, Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Ardıçoğlu**, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 75, S. 2017/3, s. 19-53.
- Atar**, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Seçkin yayıncılık, 13. bs., Ankara, 2019.
- Bilir**, Faruk: “Türkiye’ye Özgü Yeni Bir Hükümet Modeli: Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), 2017, S. 94, s. 525-530.
- Coşkun**, Vahap: “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, DÜHFD, C. XXII, S. 36, 2017, s. 3-30.
- Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınları: No. 861, İstanbul, 2019 s. 35-55.
- Çağlayan**, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Çalışır**, Kurtuluş Tayanç: Demokrasi ve Türk Tipi Başkanlık Sistemi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Doğan**, Bayram: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi

- Bağlamında Değerlendirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 3, 2020, s. 965-1003.
- Doğan, Bayram/Doğan, İdris:** “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, İnÜHFD, Yıl 11, S. 2, 2020, s. 468-483.
- Doğan, Bayram/Geyik, Ali Fuat,** “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi”, 2020, SDÜHFD, C. 10, S. 2, 2020, s. 19-45.
- Doğan, Bayram:** “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2019, s. 273-298.
- Dönmez, Gökhan:** “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Türkiye’de Meclis Soruşturması”, DÜHFD, C. XXV, S. 42, 2020, s. 39-66.
- Erdoğan, Mustafa:** Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018.
- Erdoğan, Mustafa:** Türk Anayasa Hukuku, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.
- Eren, Abdurrahman:** Anayasa Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 2. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Esen, Selin:** “2016 Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 74, S. 4, 2016, s. 45-73.
- Gören, Zafer:** “2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Yıl 18, S. 36, Güz 2019/2, s. 1-28.
- Gören, Zafer:** Anayasa Hukuku, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Gözler, Kemal:** Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. bs., 2 C., Bursa, Ekin Yayıncılık, 2020, C. I.
- Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınları, 3. bs., 2019.
- Gözler, Kemal:** “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa: 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri”, 23.12.2016, <http://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-v2.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.10.2020).
- Gül, Abdulhamit:** “Milletin Özne Olduğu Sistem: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi, S. 94, Yıl, 2017, s. 1-31.
- Gül, Cengiz:** İktidarın Sınırlandırılması ve Hukuk Devleti, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

- Gülener, Serdar/Biricikoğlu, Hale:** “Türkiye’de Bürokrasinin Hesap Verebilirlik Açığı ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yürütmenin Hesap Verebilirliği”, *Ombudsman Akademik*, Yıl 3, S. 5, 2017, s. 69-89.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.:** *Kural Koyan Organ Olarak Yasamanın Özerkliği*, CHP Yayınları, Ankara, 2018.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.:** “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (10 Aralık 2016)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 74, S. 4, 2016, s. 37-44.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.:** *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 14. bs., Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kutkan, Oğuzcan:** “Türk Anayasa Hukukunda Meclis Soruşturması ve 2017 Anayasa Değişiklikleri”, *Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları*, Ed.: Ferhat Uslu, PESA Publications, 2017.
- Küçük, Adnan:** *Türkiye’de Başkanlık Sistemi*, Adres Yayınları, Ankara, 2020.
- Küçük, Adnan:** *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, Adres Yayınları, Ankara, 2019.
- Küçük, Adnan/Doğan, Bayram:** “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, s. 1-59.
- Myers, James D.:** “Bringing the Vice President into the Fold: Executive Immunity and the Vice Presidency”, *Boston College Law Review*, Vol. 50, Issue 3 No. 3, 2009, s. 912.
- Özbudun, Ergun:** “Constitutional Law”, *Introduction to Turkish Law*, 7th Edition, Ed.: Tuğrul Ansay, Don Wallace Jr., Işık Önay, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özbudun, Ergun:** *Türk Anayasa Hukuku*, 19. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Özsoy Boyunsuz, Şule:** “Türkiye İçin Hükümet Sistemi Tercih”, <http://www.sosyaldemokratdergi.org/sule-ozsoy-boyunsuz-turkiye-icin-hukümet-sistemi-tercihi> (Erişim tarihi 26.03.2021).
- Özsoy Boyunsuz, Şule:** *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.

Özsoy Boyunsuz, Şule: “Etkili Yönetim Yaratma Becerisi Açısından Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Neden Parlamenter Sistem, Hangi Parlamenter Sistem Konulu Panel, İstanbul Barosu, 12 Ekim 2019. (Çevrimiçi) file:///C:/Users/HP/Desktop/%C5%9Eule%20Boyunsuz%20ETK%C4%B0L%C4%B0%20Y%C3%96NET%C4%B0M%20YARATMA%20BECER%C4%B0S%C4%B0%20A%C3%87ISINDAN.pdf, (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

Resmî Gazete, 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı.

Şirin, Tolga: “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı”: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 7, S. 4, Yıl 2018, s. 289-356.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 24. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Tunç, Hasan: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi ve Türkiye”, ERÜHFD, C. XIV, S. 2, 2019, s. 555-602.

Tunç, Hasan: Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitabevi, 2. bs., 2019.

Tülen, Hikmet: “Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde 9 Ekim 2018’de Yapılan Değişiklikler ya da Malumun İlâmı”, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 915-942.

Uslu, Ferhat: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

Yıldız, Abdulkadir: “Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, s. 509-534.

Yüksel, Saadet: “6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundaki Denge-Denetim Mekanizmalarına İlişkin Genel Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi, Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 1043-1062.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA DEVLETİN TAŞINMAZIN TAPU KAYDINDAKİ YÜZÖLÇÜMÜNÜN YANLIŞLIĞINDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.897860>

Dr. Öğr. Üyesi Özge ERBEK ODABAŞI*

Öz

Türk Medeni Kanunu m. 1007’de, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluk nitelik itibariyle kusursuz sorumluluktur. Sorumluluğun ilk koşulu tapu sicilinin tutulması çerçevesindeki bir fiildir. Tapu kütüğüne taşınmaza ilişkin bilgilerin yazılması (yüzölçümü bilgisi de böyledir) kural olarak kadastro sürecinden sonra gerçekleşir. Yargıtay önceden kadastro sürecini tapu sicilinin tutulması dışında gördüğü için, bu süreçteki yanlışlıklardan devletin sorumlu olmadığını kabul etmekteydi. 2009 yılında içtihat değişikliğine gitmiş ve devletin kadastro sürecindeki yanlışlıklardan da sorumlu olduğunu kabul etmeye başlamıştır. Çalışmanın ilk bölümünde tapu sicilinin tutulması kavramı yüzölçümü bilgisinin yazılmasıyla birlikte incelenmiş, devamında hukuka aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağı unsurları açıklanmıştır. İkinci bölümde ise Yargıtay’ın tapu sicilinin tutulması hususundaki değişen içtihatları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Devletin Sorumluluğu, Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk, Taşınmaz Mülkiyeti, Yüzölçümü, Tapu Sicilinin Tutulması

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ozge.erbek@deu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3707-0702> (Makalenin Geliş Tarihi: 22.08.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 24.08.2020/Makale Kabul Tarihi: 11.11.2020)

THE LIABILITY OF THE STATE DUE TO INACCURATE REGISTRATION OF REAL ESTATE ACREAGE IN THE VIEW OF THE SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

It has been regulated in Turkish Civil Code Art 1007 that, the state is responsible for all damages arising from keeping the land registry. The legal character of this responsibility is a strict liability. The first condition of liability is an act within the framework of keeping the land registry. As a rule, registration of the information about the immovable property in the land registry (such as the acreage of land) takes place after the cadastral process. The Supreme Court previously accepted that the state was not responsible for the mistakes in this process, since it was considered that the cadastral process was not included in keeping the land registry. In 2009, The Supreme Court changed its opinion and started to accept that the state was responsible for the mistakes in the cadastral process. In the first part of the study, the concept of keeping land registry is examined together with the registering of the acreage information, and then the elements of unlawfulness, damage and proximate cause are explained. In the second part, the changing decisions of the Supreme Court regarding keeping the land registry are evaluated.

Keywords

State's Liability, State's Liability for Keeping Land Registry, Strict Liability, Real Estate Property/Immovable Property, Acreage, Land Register Procedure

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun 1007. maddesinde devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Esasen bu sorumluluk hükmü, hem tapuya güven prensibi (TMK m. 1023), hem de tapu sicilinin aleniyeti (TMK m. 1020) ile bağlantılıdır. Her ne kadar, TMK m. 1023 aynı hak kazanımına ilişkinse de, taşınmaza ilişkin kütükte yer alan bilgilerden, taşınmazın yüzölçümüne ilişkin olanı, taşınmazın yatay kapsamı çerçevesinde aynı hakkın kapsamını belirlemeye yaradığı için, kural olarak tapuya güven ilkesinden yararlanır. Bundan başka, kişiler, tapu kütüğünü – ilgilerini ispatladıkları ölçüde – görebilirler, keza kural olarak gördüklerine inanabilir, bir başka deyişle tapu kütüğünde yazılanların gerçeğe uygun – doğru olduğunu kabul edebilirler. Bu güvenin boşa çıkması, bir başka ifadeyle, kütüğe güvenlerinin korunmaması halindeyse, bundan doğan zararlarını devletten talep etme hakkına sahiptirler.

Taşınmazın yüzölçümü de, ifade ettiğimiz üzere, taşınmaza ilişkin tapu kaydında yer alan unsurlardan biridir. Kişilerin kayıta yazılı yüzölçümünün doğruluğuna olan güvenlerinin korunup korunmayacağı, buna bağlı olarak devletin sorumlu olup olmayacağı ile doğrudan ilgilidir. Yargıtay'ın bu sorumluluk konusundaki içtihatları zaman içerisinde değişiklik göstermiştir.

İnceleme konumuz, Yargıtay kararları ışığında, taşınmazın tapu kaydındaki yüzölçümü bilgisinin yanlışlığı halinde, devletin sorumluluğudur. Bu bağlamda, öncelikle, sorumluluğun şartları, özellikle “tapu sicilinin tutulması” kavramı, değerlendirilecektir. Zira yüzölçümüne ilişkin kaydın yazımı, tapu sicilinin tutulması kavramı içinde kabul edildiği halde sorumluluğunun ilk koşulu gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bundan sonra diğer koşulların karşılanıp karşılanmadığı değerlendirilebilecektir. Öte yandan, resmi ölçüme dayalı olarak yüzölçümü bilgisinin yazımı kural olarak kadastro sürecini de gerekli kılmaktadır. Kadastro aşamasının tapu sicilinin tutulmasına dâhil olup olmadığı hususu da tartışmalıdır. Nitekim Yargıtay içtihatlarının değişime uğradığı nokta da bu olmuştur.

Biz çalışmamızda yüzölçümüne ilişkin yanlışlık konusunu devletin sorumluluğu bağlamında değerlendirip müteakip bölümde de Yargıtay'ın değişen içtihatlarını ortaya koymaya çalışacağız.

I. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

1. Tapu Sicilinin Tutulması

a. Genel Olarak

Sorumluluk kenar başlıklı TMK m. 1007/1'e göre, "Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur". Buna göre, devletin sorumluluğunun doğabilmesi için tapu sicilinin tutulması çerçevesindeki bir faaliyetten zarar doğmuş olması gereklidir. Dolayısıyla ilk irdelenmesi gereken husus "tapu sicilinin tutulmasının" ne anlama geldiğidir. Ancak bundan önce *tapu sicilinin* ne ifade ettiğinin ana hatlarıyla ortaya konması gerektiği kanaatindeyiz.

Tapu sicili TMK m. 997/1'e göre, taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tutulur. Bundan başka, tapu sicili aynı sistem denilen bir usule göre tutulur. Bu sistemde, her bir taşınmaz hukuki durumu ve nitelikleri gösterilmek suretiyle ayrı bir sayfaya kaydedilir (TMK m. 1000/1). Taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kurulması, içeriğinin değiştirilmesi, devredilmesi ve sona ermesi de kural olarak tapu sicilinde yapılacak tescil veya terkin işlemi ile gerçekleşir. Keza sicile taşınmazların hukuki durumuyla ilgili bazı kişisel haklar, tasarruf yetkisi kısıtlamaları, aynı hak durumunu etkileyen bazı hukuki ve fiili ilişkiler de yazılır¹. Böylelikle belirlenmiş aynı hak durumu sicilin açıklığı sayesinde – ilgisini inanılır kılan herkes – tarafından görülebilir hale gelir.

TMK m. 997/2 ve 3'e göre, "Tapu sicili, tapu kütüğü ve kat mülkiyeti kütüğü ile bunları tamamlayan yevmiye defteri ve belgeler ile plânlardan oluşur. Sicilin örneği, nasıl tutulacağı ve yardımcı siciller Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir". Bu yönetmelik henüz çıkmadığı için, Tapu Sicil Tüzüğü (TST)² halen yürürlüktedir³.

¹ **Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 109.

² 2013/5150 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü 17.08.2013'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG., 17.08.2013 T, 28738 S. Bu tüzükten önce yürürlükte olan 94/5623 sayılı mülga Tapu Sicil Tüzüğü ise 07.06.1994 tarihinde yürürlüğe girmiş olup yerini belirttiğimiz tarihte mevcut Tapu Sicil Tüzüğüne bırakmıştır.

³ Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ile Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 139. maddesiyle Medeni Kanun'da yer alan bazı hususların belirlenmesini Bakanlar Kuruluna veya tüzüğe bırakan hükümleri değiştirilip Cumhurbaşkanınca veya Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirleneceğine hükmedilmiştir. Ancak söz konusu kanun hükmünde kararnamenin geçici 1. maddesinde de değişiklik yapılan hükümler gereğince yürürlüğe konulmuş olan tüzüklerin yürürlükten kaldırıl-

Tapu sicili çeşitli unsurlardan oluşan bir bütündür⁴. Tapu sicilini oluşturan unsurların bir kısmı asli, bir kısmı de fer’i unsurlardır. Asli unsurlar; TMK m. 997/2’ye göre, tapu kütüğü, kat mülkiyeti kütüğü, yevmiye defteri, belgeler ve plânlardır. Yardımcı unsurların belirlenmesi TMK m. 997/3 gereği yönetmeliğe bırakılmışsa da, bu yönetmelik henüz çıkmadığı için yürürlükteki Tapu Sicil Tüzüğüne göre belirlenmektedir. Tüzük çerçevesinde yardımcı siciller, aziller sicili, düzeltmeler sicili, kamu orta malları sicili ve tapu envanter defteridir (TST m. 7).

Medeni Kanun’da öngörülmüş bulunan tapu sicil sisteminin işleyebilmesi arazinin sınırlarının bilimsel usullerle belirlenip planının yapılmasıyla mümkündür. Nitekim “Plân” kenar başlıklı TMK m. 1003/1’e göre, “Bir taşınmazın kütüğe kaydı ve belirlenmesinde resmî bir ölçüme dayanan plân

madıkça geçerliliğini sürdüreceği ifade edildiğinden Tapu Sicil Tüzüğü halen yürürlüktedir. Söz konusu KHK için bkz. RG., 07.07.2018 T., 30471 S. (İkinci Mükerrer).

⁴ Tapu sicili hakkında bkz. **Saymen**, Ferit Hakkı/**Elbir**, Halit Kemal: Türk Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 125 vd.; **Gürsoy**, Kemal Tahir/**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 168 vd.; **Sirmen**, Lale: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu (Sorumluluk), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 1 vd.; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: TEKİNAY Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik – Tapu Sicili – Mülkiyet, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 241 vd.; **Reisoğlu**, Safa: Eşya Hukuku, Zilyetlik – Tapu Sicili – Kadastro, “S” Yayınları, Ankara, 1984, s. 112 vd.; **Esmer**, Galip: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1990, s. 745 vd.; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 131 vd.; **Sirmen**, s. 109 vd.; **Eren**, Fikret/**Başpınar**, Veysel: Toprak Hukuku, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 235 vd.; **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 225 vd.; **Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 72 vd.; **Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 271 vd.; **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 131 vd.; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 195 vd.; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 11. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2014, s. 85 vd.; **Nomer**, Haluk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 115 vd.; **Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Eşya Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, c. IV/1, Ankara, 2019, s. 473 vd.; **Sapanoğlu**, Süleyman: Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 25 vd.; **Şengül**, Mehmet: Tapu Sicilinin Aleniyeti, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 27 vd.; **İmamoğlu**, M. Altuğ: Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 1 vd. Ayrıca bkz. **Antalya**, Gökhan: Elektronik Tapu Sicili, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 22 vd.

esas alınır”. Dolayısıyla tapu sicil sistemine uygun kütüklerin oluşturulması ancak kadastro yapıldıktan sonra mümkün olmaktadır⁵. Kadastrosu yapılmamış yerlerde ise, temeli Osmanlı İmparatorluğu zamanında yapılan yoklama kayıtlarına dayanan **zabıt defterleri**⁶ vardır. Tapu Sicil Tüzüğü’nün *Kadastrosu yapılmamış yerlerdeki taşınmazın tescili* kenar başlıklı geçici 1. maddesine göre, “(1) Henüz kadastronu yapılmamış yerlerde kütük yerine zabıt defteri veya kat mülkiyeti zabıt defteri tutulur. Taşınmazın sınırları hudut komşuları yazılarak gösterilir. Taşınmazın varsa resmî haritası veya planı dosyasında saklanır”. Öte yandan, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un *Eşya hukuku hükümlerinin uygulanması* kenar başlıklı 19. maddesine göre de, “Türk Medenî Kanununun eşya hukukuna ilişkin hükümleri, uygun düştüğü ölçüde zabıt defterlerinin tutulduğu yerlerde de uygulanır”.

b. Tapu Sicilinin Tutulması Kavramı

Tapu sicilinin tutulması, sicilin açıklama görevini yerine getirilebilmesi için hukuk düzeninin öngörmüş olduğu yapılması zorunlu faaliyetlerin bütününü ifade eder⁷. Tapu siciline yapılan her tür kayıt, tapu kütüğü veya kat mülkiyeti kütüğüne yapılan kayıt, yevmiye defterine istemlerin işlenmesi, yardımcı sicillere yapılan kayıtlar sicil tutma kavramına girer. Sicile kayıt yapılmasından da sadece tescil, şerh, beyan, terkin ve düşünceler sütununa yapılan kayıtlar anlaşılmamalıdır. Taşınmaza sayfa açılması, taşınmaz mülkiyetinin kat mülkiyetine çevrildiğine ilişkin kayıt yapılması da bu kapsamdadır⁸.

⁵ **Sirmen**, s. 111 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 133; **Ünal/Başpınar**, s. 279; **Şengül**, s. 22 vd.

⁶ Bkz. **Reisoğlu**, s. 134 vd.; **Sirmen**, s. 118 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 247; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 135.

⁷ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 42 vd.; **Ertaş**, Şeref: “Tapu Sicilinin Yanlış Tutulmasından Doğan Zararlardan Hazinenin Sorumluluğu” (Sorumluluk), PROF. DR. TURHAN TUFAN YÜCE’YE ARMAĞAN, İzmir, 2001, s. 45 vd.; **İmamoğlu**, s. 523 vd.; **Pekmez**, Cüneyt: Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 33 vd.; **Sapanoğlu**, s. 121 vd.; **Görgeç**, Başak: “Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakkı ve Tabi Olduğu Zamanaşımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. CEVDET YAVUZ’A ARMAĞAN, C. I, Y. 2016, C.22, S. 3, s. 1189 vd.; **Sarıaslan**, Didem: “Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2017 Kasım-Aralık (133), s. 397 vd.

⁸ **Sirmen**, Sorumluluk s. 43 vd.; **Pekmez**, s. 35.

Bununla birlikte, tapu sicilin tutulması sadece sicile kayıt yapılması anlamına da gelmez. Tapu sicilinin tutulması, sicile kayıt yapılmasından daha geniş bir anlam taşır⁹. Bu bağlamda, kütüğe yapılacak işlemlerin dayanağını teşkil eden belgeleri saklama, planın yapılması, ana sicillerin ilgililer tarafından incelenmesini sağlama, sicilden suret verme, ipotekli borç senedi ve irat senedi düzenleme, ilgililere gereken bildirimleri yapma da sicil tutma kavramına girer¹⁰.

Tapu sicili, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün yönetimi ve denetimi altında tapu müdürlüklerince tutulur. Bu çerçevede, sorumluluğun doğabilmesi için, tapu sicili tutma faaliyetinin, bu faaliyet kapsamına giren fiilleri yapmakla görevli memurdan gelmesi gerekir. Bu kişilerin yetkili veya yetkisiz yardımcı kişi kullanmaları durumunda da yine devletin sorumlu tutulabileceği kabul edilmektedir¹¹.

Devletin sorumluluğuna sebep olan tapu sicilinin tutulması faaliyeti, görevlinin olumlu davranışıyla gerçekleşebileceği gibi, olumsuz davranışıyla (kaçınma/içtinap) da gerçekleşebilir. Bu bağlamda, aynı hakkın gerçek hak sahibi yerine bir başkası üzerine tescil edilmesi halinde olumlu bir eylemle, tescili gereken aynı hakkın tescil edilmemesinde ise olumsuz bir eylemle, yani kaçınmayla (içtinap) tapu sicilinin gerçek hukuki durumu yansıtmaması söz konusu olur¹².

c. Tapu Siciline Yapılan Kayıtlar

Önceki başlık altında da ifade ettiğimiz üzere, tapu siciline yapılan kayıtlar çeşitli şekillerde karşımıza çıkarlar. Esasen tapu sicilinin tutulması kavramının büyük çoğunluğunu da kütüğe yapılan kayıtlar oluşturur. Bu başlık altında, biz de tapu siciline yapılan kayıtları kısaca ele alıp takip eden bölümde de, inceleme konumuz olan yüzölçümünü de içeren taşınmazın niteliklerinin yazımını değerlendirmeye çalışacağız.

TMK m. 704 ve m. 998'e göre, tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilecek şeyler; arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümlerdir. Ancak bağımsız ve sürekli

⁹ Pekmez, s. 35 vd.

¹⁰ Sirmen, s. 130-131; Sirmen, Sorumluluk, s. 42 vd.

¹¹ Sirmen, Sorumluluk, s. 59. Tapu görevlileri hususunda geniş bilgi için bkz. Pekmez, s. 35 vd.; Sapanoğlu, s. 122-123; Görgeç, s. 1187-1188.

¹² Sirmen, Sorumluluk, s. 41; Pekmez, s. 38. Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 454 vd.; Reisoğlu, s. 228; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 207 vd.; Ünal/Başpınar, s. 386-387.

haklar gerçek anlamda taşınmaz değil, devredilebilir nitelikteki kişiye bağlı irtifak haklarıdır¹³.

Tapu siciline yapılan kayıtların ilki taşınmazın kayıdır. Taşınmazın kaydı ya tapu sicilinin kuruluşu sırasındaki ilk kayıt veya kuruluşundan sonraki kayıtlar biçiminde ortaya çıkar. Bu çerçevede kural olarak ilk kayıt kadastro sürecinden sonra gerçekleşir; ancak 1515 sayılı “Tapu Kayıtlarından Hukuki Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanun” ek madde 1 ve TMK m. 713 gereğince kadastrosu yapılmamış yerlerde de tapu siciline kayıt yapılması söz konusu olabilecektir¹⁴. Yeri gelmişken belirtelim ki, bir görüşe göre, tapu sicilinin kurulması aşaması devletin sorumluluğunu doğurmaz, bir başka ifadeyle devletin sorumluluğun doğması için tapu sicilinin kurulmuş ve taşınmazların sicile kayıt edilmiş olması gerekir¹⁵. Buna karşılık, baskın görüş tapu sicilinin tutulmasının sicilin kuruluşu sırasındaki işlemleri de kapsadığı yönündedir¹⁶. Keza Yargıtay da, 743 sayılı *Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde tutulan tapu kayıtlarından dahi devletin sorumlu olduğunu* 15.03.1944 T. ve 8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla¹⁷ kabul etmiştir¹⁸.

Tapu kütüğüne taşınmazın kaydedilmesinin ardından, tapu siciline yapılacak olan kayıtlar, tescil, şerh, beyan, düşünceler sütununa yapılan kayıt, yevmiye defterine yapılan kayıt, kat mülkiyeti kütüğüne yapılan kayıtlar, yardımcı sicillere yapılan kayıtlar, taşınmazın işlemlere kapatılmasına ilişkin kayıtlardır¹⁹. Bu kayıtların gerçekleştirilmesi tapu sicilinin tutulması kapsa-

¹³ **Sirmen**, s. 144-147. Öğretilen “kişiye bağlı irtifak” yerine “kişisel irtifak” da kullanılmaktadır. SİRMEN, bu deyim, aynı hakkın kişisel hak olarak nitelendirilmesi tehlikesi yaratacağı için “kişiye bağlı irtifak” deyimini kullanmayı tercih ettiğini ifade etmektedir. Bkz. **Sirmen**, s. 534, dipnot 43. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. **Gürzumar**, Osman Berat: Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap – İşlet – Devret Modeli Dahil, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 36.

¹⁴ **Sirmen**, s. 143-144; **Sirmen**, Sorumluluk, s. 43-44. Bir taşınmazın tapu kütüğüne kayıt işlemi ya kadastro sonrası sicil oluşturmayla ya da oluşmuş sicilde sonradan yapılan bir işlemle olabilir. Bkz. **İmamoğlu**, s. 525.

¹⁵ Bu görüş için bkz. **Gürsoy**, Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara, 1970, s. 217.

¹⁶ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 43-44; **Pekmez**, s. 45 ve dipnot 30’da yollama yapılan yazarlar; **Sarıaslan**, s. 400.

¹⁷ RG., 28.06.1944 T., 5742 S. Bu karar hususunda bkz. **Reisoğlu**, s. 232-233.

¹⁸ Kararın eleştirisi için bkz. **Sirmen**, Sorumluluk, s. 57-59.

¹⁹ **Pekmez**, s. 39. Geniş bilgi için bkz. **Sirmen**, Sorumluluk, s. 43 vd.; **Sarıaslan**, s. 401 vd.

mındadır, dolayısıyla diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde devletin sorumlu olması sonucunu doğurur.

d. Taşınmazın Niteliklerinin Yazımı

Esasen taşınmazın niteliklerinin tapu kütüğüne yazılması hususunda mevcut Tapu Sicil Tüzüğünde bir düzenleme yoktur. TMK m. 997/3 hükmü değiştirilmeden önce tapu sicil örneğinin tüzükte gösterileceğini belirtmiş olsa da, Tapu Sicil Tüzüğünde sicil örneği yer almamıştır. Keza 94/5623 sayılı mülga Tapu Sicil Tüzüğünde de örnek yoktu. Uygulamada 08.10.1930 tarihli ve 10012 sayılı Tapu Sicil Nizamnamesinde²⁰ öngörülen örneğe uygun olarak kurulmuş bulunan tapu kütüklerinin tutulmasına devam edilmektedir. Bu Nizamnamenin 4. maddesine göre, taşınmaz kütüğe kaydedilirken kütükte sayfa açılması ve orada evsafıyla hukuki hallerinin gösterilmesi gerekmektedir. Halen buna uygun olarak taşınmazın nitelikleri tapu sicilinde gösterilmektedir. Şöyle ki; kütükte yan yana iki yaprakta meydana gelen sayfada taşınmazla ilgili yapılacak kayıtlar için çeşitli sütunlar mevcuttur. Sol taraftaki yaprakta üst kısımda taşınmazı belirlemeye yarayacak, taşınmazın yeri; pafta, ada, parsel numarası, semti, yüzölçümü ve niteliklerine yani cinsine (tarla mı, arsa mı olduğu, keza üzerinde bina olup olmadığı) ait bilgiler yer alır. Alttaki üç sütunun solu şerhlere, ortası mülkiyet hakkına, sağ da irtifak hakları ve taşınmaz yüküne ayrılmıştır. Sağ taraftaki yaprağın üst kısmını beyanlara, alt kısmı ise rehin haklarına ayrılmıştır. Alt kısımda rehin haklarına ait bilgilerin yazıldığı düşünceler sütunu da mevcuttur²¹. Kat mülkiyeti kütüğü sayfası da benzer şekildedir. Farklılık sol yaprakta iki geniş satır içinde bağımsız bölüm ve ana gayrimenkule ilişkin bilgilerin yer almasıdır²². Ancak hemen belirtelim ki, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 13.06.2015 tarih ve 1766 (2015/4) sayılı Genelgesiyle, 02.07.2015 itibarıyla şerhlerin ve beyanların elektronik ortamda tutulması uygulamasına geçilmiştir²³.

²⁰ Bu Nizamname için bkz. RG., 09.12.1930 T, 1668 S.

²¹ **Sirmen**, s. 113 ve s. 175. Tapu kütük örnekleri için bkz. **Reisoğlu**, s. 126 vd.; **Esmer**, s. 1156 vd.; **Ünal/Başpınar**, s. 414 vd.; **Tapu Sicili Uygulamaları**, Ankara, 2014, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yayını, Hazırlayan: Tapu Dairesi Başkanlığı, s. 20. “Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” m. 7/1 f. bendi gereğince, taşınmazı tanımlayan bilgilerin (taşınmazın mahallesi veya köyü, pafta, ada ve parsel numaraları, var ise bağımsız bölüm numarası, yüzölçümü, hissesi, cinsi, sınırı, tapu kaydının cilt ve sayfa numaraları), resmi senette yer alması gerekmektedir.

²² Bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 416-417.

²³ Bkz. <https://mevzuat.tkgm.gov.tr/tkgmmb.aspx> (Erişim tarihi: 15.07.2020)

Taşınmazın nitelikleri tapu sicilinde gösterilmekle birlikte, bu bilgilerin yanlışlığından bir başka ifadeyle, hukuka aykırı olarak kaydedilmesinden dolayı devletin sorumlu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Biz bu hususu değerlendirmeden önce kısaca “hukuka aykırılık” unsurunu inceleyip bilahare taşınmazın nitelikleri çerçevesinde hukuka aykırılık meselesini ortaya koymaya çalışacağız.

2. Hukuka Aykırılık

a. Genel Olarak

Devletin sorumluluğunun söz konusu olması için tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmuş olması gerekir. Bu noktada hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği değerlendirilmelidir. Sübjektif hukuka aykırılık görüşünün kabulü halinde, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması için memurun sicil tutmayla ilgili görevlerine aykırı davranmış olması gerekir. Memur görevinin gereğini yerine getirdiği takdirde, ortaya çıkacak zarardan devlet sorumlu olmayacaktır. Bu bağlamda, sahteliği anlaşılabilen bir vekâletnameye istinaden işlem yapması halinde ortaya çıkacak zarardan – görev ihlali – söz konusu olmadığı için devlet için sorumluluk söz konusu olmayacaktır²⁴. Buna karşılık objektif hukuka aykırılık teorisi uyarınca, sorumluluğun doğması için tapu sicilinin tutulmasında kişilerin malvarlığı çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırı davranılmış olması, yani sahte bir vekâletnameye istinaden işlem yapılmış olması hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için yeterlidir. Burada vekâletnamenin sahteliğinin anlaşılır olup olmaması veya tapu memurunun gerekli incelemeyi yapmış olup olmaması kendisinin kusuruyla ilgilidir ancak devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Tapu memurunun kusurunun olup olmaması ancak rücu ilişkisi bakımından önem taşır²⁵.

Her halde tapu sicilinin tutulmasındaki hukuka aykırılık memurun yapması gereken bir işlemi yapmaması veya yapmaması gereken bir işlemi yapması biçiminde ortaya çıkacaktır. Bir başka ifadeyle, memurun hukuka aykırı bir fiil veya içtinapta (kaçınmada) bulunması sonucunda tapu sicilinin

²⁴ Sübjektif hukuka aykırılık görüşü için bkz. **Sirmen**, Sorumluluk, s. 62-63. Bu görüşü savunan yazarlar: **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 149; **Pekmez**, s. 64.

²⁵ Objektif hukuka aykırılık görüşü için bkz. **Sirmen**, Sorumluluk, s. 63-64. Bu görüşü kabul eden yazarlar: **Sirmen**, s. 132-133; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 281; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 209; **Ertaş**, s. 103-104; **Ertaş**, Sorumluluk, s. 54; **Özçelik**, Barış: Tapu Siciline Güvenin Korunması, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 258-260; **Sapanoğlu**, s. 171, s. 201-202.

yolsuzlaşması söz konusu olacaktır. Tapu sicilinin yolsuzlaşması, teknik anlamda gerçeğe uymayan fakat üçüncü kişilere karşı doğruluğu garanti edilmiş sicil durumu olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu tanım tapuya güven ilkesi (TMK m. 1023) uygulaması ile sınırlıdır. Oysaki devletin sorumluluğu bakımından önem taşıyan sicil yolsuzluğu daha geniş bir kavramdır. Tapu sicilinde ilgililere zarar verme ihtimali olan her türlü yanlış ve eksik bilgi, sicil kayıtlarına uymayan suretler bile bu kavrama dâhildir. Dolayısıyla yolsuz sicil şu şekilde tanımlanabilir: “Muhteva (içerik) veya biçim olarak gerçek hak durumuna veya vakıalara aykırı bilgiler veren sicil yolsuzdur”²⁶.

Sicildeki içerik yolsuzlukları tapu sicil kaydıyla ilgili yanlışlık veya eksikliklerdir. Bunlar tescille ilgili – tescil edilmesi gereken hakkın tescil edilmemesi veya terkinin gereken hakkın terkin edilmemesi biçiminde – ortaya çıkabileceği gibi, doğrudan doğruya yolsuz bir tescil veya terkin yapılması biçiminde de gerçekleşebilir. Öte yandan yolsuzluk, şerhler ve beyanlarda da ortaya çıkabilir²⁷. İnceleme konumuz olan yüzölçümü bilgisi taşınmazın niteliklerinin yazımında yolsuzluk/hukuka aykırılık olarak ortaya çıkacaktır. Müteakip başlık altında bu hususu değerlendireceğiz.

b. Taşınmazın Niteliklerinin Yazımında Hukuka Aykırılık

Taşınmazın nitelikleri tapu sicilinde gösterilmekle birlikte, bu bilgilerin yanlışlığından bir başka ifadeyle hukuka aykırı olarak kaydedilmesinden dolayı devletin sorumlu olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, herhangi bir istisnaya yer vermeksizin, taşınmazın niteliklerine ilişkin bilgilerin taşınmazın maddi durumunu gösterir cinsten olduğu için, kayıt, tescil veya şerh mahiyetinde olmadığını, kütüğün bunların doğruluğu hususunda karine oluşturmayacağını kabul etmektedir²⁸. Bir diğer görüş ise, bilgiler konusunda bir ayırım yapmaktadır. Bunlardan resmi ölçüme²⁹ dayalı olmak şartıyla *sadece yüzölçümü bilgisinin* tapu siciline ilişkin ilkelere tabi olduğunu, dolayısıyla iyiniyetli iktisaba ve devletin sorumluluğuna sebep

²⁶ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 67.

²⁷ Bütün yolsuzluk hallerine ilişkin geniş bilgi için bkz. **Sirmen**, Sorumluluk, s. 67 vd.; **Pekmez**, s. 69 vd.; **Görgeç**, s. 1191 vd.; **Sarıslan**, s. 401 vd.

²⁸ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 242. Bu bilgilerin tescil mahiyetinde olmadığı için tescil hükümlerini doğurmayacağı yolunda bkz. **Saymen/Elbir**, s. 158.

²⁹ Resmi ölçüme dayalı olma, fenni (bilimsel) usullerle taşınmazın özelliklerinin belirlenmesini ifade etmektedir. Devlet için sorumluluk ancak bu halde söz konusu olur. Bkz. **Sirmen**, s. 176.

olabileceğini kabul etmekte, diğerlerinin basit bilgi mahiyetinde olduğunu ifade etmektedir³⁰.

TEKİNAY, herhangi bir ayırım yapmaksızın, tapu sicilinde gayrimenkulün niteliklerinin yanlış yazılmasından doğan zararların kural olarak tapu sicilinin tutulmasıyla ilgili olduğunu kabul etmektedir³¹. Bu bağlamda, sicilde “sebze bahçesi” olan bir gayrimenkul gerçekte kayalık bir arsa ise ve hiçbir zaman sebze bahçesi olmamışsa, tapu kaydına bakıp aldanan alıcının zararlarından devlet sorumlu olmalıdır. Ancak kayıt anında sebze bahçesi iken sonradan bu vasfını kaybetmişse devletin sorumluluğu söz konusu olmaz. Zira devletin gayrimenkullerin sahiplerini takip edip bunlara ilişkin vasıf değişikliklerini öğrenip sicile yansıtmak mecburiyeti yoktur³².

SİRMEN, taşınmazın belirlenmesine yarayan bilgilere ilişkin kayıtların gerçeğe uymaması halinde, sicile güven ilkesinin kural olarak uygulanmaması, iyiniyetin olgu niteliğindeki bu bilgileri değiştirecek gücünün olmadığını, arz üzerindeki sınırlara uygun olarak plana geçirilmiş bir taşınmazın gerçekte 99 m² iken sicilde 100 m² gösterilmesi halinde iyiniyetin bu eksiği gidermeyeceğini ifade etmektedir³³. Devletin sorumluluğu açısından ise bir ayırım yapmaktadır: Parsel numaralarının yanlış yazılmasından ve sınırlarla ilgili yolsuzluklar bakımından – resmi ölçmeye dayanmış olması şartıyla – devletin sorumlu olacağını kabul etmektedir³⁴. Yüzölçümü hususunda sorumluluğunun doğmasını, arz üzerindeki sınırla plandaki sınırın birbirini tutması kaydıyla, yüzölçümünün fazla yazılması hali için kabul etmekte³⁵, taşınmazın cinsi veya bina durumuyla ilgili yolsuzluklar hususunda ise, TEKİNAY’ın görüşüne katılmaktadır³⁶. Taşınmazın geliri, vergi ve sigorta değeri hususundaki yolsuzluklardan dolayı, ihlal edilen kuralın devletin çıkarlarını koruması sebebiyle üçüncü kişilerin tazminat talebi söz

³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 197; Ünal/Başpınar, s. 334 ve s. 409; Ayan, s. 200, dipnot 22; Nomer/Ergüne, s. 134; Kurt, Ekrem: Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004, s. 76; Pekmez, s. 55-56; Şengül, s. 519. Devletin resmi ölçüme dayanmak kaydıyla sınır ve yüz ölçümü yanlışlarından sorumlu olduğu yönünde bkz. Ertaş, s. 98.

³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 457. Karş. Esmer, s. 767. TEKİNAY’ın görüşü yönünde bkz. İmamoğlu, s. 531; Sapanoğlu, s. 262-263; Görgeç, s. 1191-1192.

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 457.

³³ Sirmen, s. 176.

³⁴ Sirmen, Sorumluluk, s. 83.

³⁵ Sirmen, Sorumluluk, s. 49. Bu hususta ayrıca bkz. ve karş. Yakuppur, Sendi: Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 30-31.

³⁶ Sirmen, s. 176-177; Sirmen, Sorumluluk, s. 83-85.

konusu olmaz. Bununla birlikte, ipotekli borç senedi veya irat senedinin takdir edilen değerinin sicile yanlış geçirilmesi halinde, devlet sorumlu olacaktır³⁷.

Kanaatimizce, devlet, kural olarak, tapu sicilinde taşınmazın niteliklerinin yanlış yazılmasından doğan zararlardan sorumludur. Nihayetinde sorumluluğun doğumu için ortaya çıkan zararlar, tapu sicilini tutma faaliyeti arasında uygun illiyet bağının gerçekleşmesi gerekecektir. Dolayısıyla, sadece yüzölçümü hususundaki yanlışlıktan sorumlu olduğu veya taşınmaza ilişkin bilgilerdeki yanlışlıklardan hiçbir surette sorumlu olmadığı yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Burada, özellikle dikkat edilmesi gereken bir nokta, esasen tapu sicilinin tutulması kavramı içinde değerlendirilmesi gereken, TEKİNAY'ın gayrimenkulün vasfının değişmesi bağlamında örneklendirmiş olduğu husustur. Şöyle ki, vermiş olduğu örnekte kayalık bir arsanın sebze bahçesi olarak yazılmış olması ancak buranın hiçbir zaman sebze bahçesi olmaması halinde uğranılan zarardan devletin sorumlu olacağını kabul etmektedir³⁸. Buna karşılık, başlangıçta sebze bahçesi olan yerin sonradan bu vasfını kaybetmiş olması halinde devletin sorumluluğu söz konusu olmamalıdır. Zira devlet, TEKİNAY'ın ifadesiyle, bütün gayrimenkul sahiplerinin peşinden koşarak gayrimenkullere ait her değişikliği sicile yansıtmak mec-

³⁷ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 84. Bu hususta ayrıca bkz. **Pekmez**, s. 56-57.

³⁸ Belirtmek gerekir ki, bir kişinin bir yeri önceden görmeden sadece sicil kaydına bakarak devralması gerçekleşmesi zor bir ihtimaldir. Uygun illiyet bağı unsuru çerçevesinde, somut olayın koşulları bağlamında, bu husus, zarar gören bakımından kusur teşkil ettiği ölçüde, sorumluluğun azalması veya ortadan kalkması söz konusu olabilecektir. Devlet, açılan davada zarar görenin bu durumu bilmesi gerektiğini ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilecektir. Ancak somut olayın özelliklerini değerlendirmeden devletin bu durumdan hiçbir surette sorumlu olmayacağını söylemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu hususta bkz. **Sirmen**, Sorumluluk, s. 71. Ayrıca bkz. ve karşı. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 280; **Esmer**, s. 767; **Kurt**, s. 76. Bundan başka, PEKMEZ tarafından kurgulanan bir örnek bağlamında, iyiniyetli üçüncü kişinin kendinden beklenen özeni göstermesine rağmen satıcının hileli davranışları sonucunda aldatılması ve bu aldatılmaya tapu kütüğündeki kaydın da esas olması durumu söz konusu olabilir. Şöyle ki; A taşınmazının tapu kütüğüne kaydı sırasında bu taşınmazın türü hukuka aykırı olarak kargir bina olarak gösterilmiştir. Bu kayıttan yararlanan satıcı gerçekte arsa niteliğinde olan A taşınmazı yerine üzerinde kargir bina bulunan komşu taşınmazı gösterip A taşınmazı için satım ve tescil yaparsa, alıcı üzerinde kargir bina olduğunu sandığı A taşınmazını devralmış olacaktır. İyiniyeti olmayan binaya varlık kazandıramaz ancak ödemiş olduğu bedel üzerinde bina olduğunu düşündüğü taşınmaz içindir. Dolayısıyla ödemiş olduğu fazla bedeli talep edebilecektir. Burada zarara hem üçüncü kişinin hileli hareketleri hem de kütükteki hukuka aykırı kayıt sebep olmuştur. Zararla tapu sicilinin tutulması arasında uygun illiyet bağının kurulabilmesi halinde devletin sorumlu olması gerekir. Bkz. **Pekmez**, s. 52-53.

huriyetinde değildir³⁹. İşte sorumluluk, tapu memuruna yüklenmiş olan görevlerin yerine getirilmemesi çerçevesinde ortaya çıkacaktır. Tapu sicilinin tutulması koşulu çerçevesinde tapu memurunun yerine getirmesi gereken görevleri yapmaması halinde ancak sorumluluk doğacaktır. Bu bağlamda, *Bildirme ödevi ve kaydın silinmesi* kenar başlıklı KMK (Kat Mülkiyeti Kanunu) m. 48'e göre, "Anagayrimenkulün veya anayapının tümünün veya bir kısmının harabolması halinde durum yönetici tarafından o gayrimenkulün bulunduğu yerin tapu idaresine ve bütün kat maliklerine; eğer yönetici yoksa, bağımsız bölümü harap olan kat maliki tarafından tapu idaresine derhal bildirir; bunun bildirilmemesi yüzünden doğacak zararların tümünden bağımsız bölümü harap olan kat maliki, zararın beşte biri oranındaki kısmından da yönetici müteselsilen sorumlu olup, Hazine sorumlu değildir". Böyle bir durumda, devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır ama bildirim yapıldığı halde, tapu memurunun buna uygun olarak kütükte gerekli değişikliği yapmaması halinde – sorumluluğun diğer koşullarının da gerçekleşmesi kaydıyla – ortaya çıkan zarardan devlet sorumlu olacaktır⁴⁰.

Yargıtay, taşınmazın niteliklerine ilişkin hukuka aykırı kayıtlardan devletin sorumlu olduğunu kabul etmiştir⁴¹.

c. Yüzölçümüne İlişkin Bilgide Yanlışlık/Hukuka Aykırılık

Yüzölçümü günlük kullanımda, bir yerin veya bir şeyin yüzeyini ölçme ve bu ölçme sonunda ortaya çıkan miktar, mesaha olarak tanımlanmaktadır⁴². Bir taşınmazın yüzölçümünü belirleyebilmek uğraş ve uzmanlık gerektiren teknik bir iştir. Dolayısıyla yüzölçümüne ilişkin yanlışlık veya daha doğru bir ifadeyle yolsuzluklarda, öncelikle taşınmazın yüzölçümünün resmi bir ölçüme dayanıp dayanmadığına bakılmak gerekir⁴³. Zira ittifakla⁴⁴

³⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 457.

⁴⁰ Sirmen, Sorumluluk, s. 70-71; Pekmez, s. 51. Ayrıca bkz. ve karşı. Esmer, s. 767.

⁴¹ "...Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden devlet, aykırı kayıtlardan doğan zararlara da ödemeyi taahhüt etmektedir. Dayanaksız ya da hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemek taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmak da aynı kapsamda düşünülmelidir..." Bkz. 1. HD, 18.01.2010 T., 2010/4471 E., 2010/5347 K. (www.yargitay.gov.tr) (Erişim tarihi: 27.07.2020)

⁴² <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 24.07.2020). Türk Dil Kurumu "yüz ölçümü" olarak yazmaktadır. Ancak mevzuatımızda bitişik yazıldığı için biz de "yüzölçümü" şeklindeki yazımı kullanıyoruz.

⁴³ Kurt, s. 76.

⁴⁴ Sirmen, Sorumluluk, s. 83; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 197; Ünal/Başpınar, s. 334 ve s. 409; Ayan, s. 200, dipnot 22; Ertas, s. 98; Nomer/Ergüne, s. 134; Kurt, s. 76; Pekmez, s. 55-56; Şengül, s. 519.

kabul edilmektedir ki, yüzölçümü bilgisi hususunda sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, bu bilginin resmi bir ölçüme dayalı olarak kütüğe kaydedilmiş olması gerekmektedir⁴⁵.

Yüzölçümünün resmi bir ölçmeye dayalı olarak kütüğe yazılması kural olarak kadastro faaliyeti sonucunda gerçekleşir. İstisnai olarak 1515 sayılı “Tapu Kayıtlarından Hukuki Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanun” ek madde 1 ve TMK m. 713 gereğince kadastrusu yapılmamış yerlerde de tapu siciline kayıt yapılması söz konusu olabilecektir. TMK m. 713/7 gereği, “Kararda, tescili istenilen taşınmazın niteliği, yeri, sınırları ve yüzölçümü belirtilir ve karara, uzmanlarca düzenlenen teknik bilgileri içeren krokisi de eklenir”⁴⁶. Bu halde, *Kadastrusu yapılmamış yerlerdeki taşınmazın tescili* kenar başlıklı Tapu Sicil Tüzüğü geçici m. 1 hükmü de uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, “(1) Henüz kadastrusu yapılmamış yerlerde kütük yerine zabıt defteri veya kat mülkiyeti zabıt defteri tutulur. Taşınmazın sınırları hudut komşuları yazılarak gösterilir. **Taşınmazın varsa resmî haritası veya planı dosyasında saklanır**”.

Bu bağlamda, devletin tapu kütüğünde yazılı yüzölçümü bilgisinin yanlışlığından dolayı sorumlu olabilmesinin ilk şartı, yüzölçümünün resmi ölçmeye dayanmasıdır. Yukarıda da yer verdiğimiz üzere⁴⁷ devlet, kural olarak, 743 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğünden önceki dönemde tutulan tapu kayıtlarından dahi sorumludur ancak kadastrusu veya tapulaması yapılmamış yerler ile tapu haritaları yapılarak gerçek yüzölçümleri belirlenmemiş taşınmazların tapu kayıtlarında yazılı yüzölçümü miktarları tahmine dayalıdır⁴⁸. Dolayısıyla resmi bir ölçüme dayalı olmadan kütükte yazılı miktarın yanlışlığından devlet sorumlu olmayacaktır.

Bir arazinin yüzölçümünün belirlenebilmesi için öncelikle sınırlarının belirlenmiş olması gerekir. *Arazi* kenar başlıklı TST m. 9’a göre, “arazi, sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçasıdır”. Sınırların ve buna bağlı olarak yüzölçümünün belirlenmesi de kural olarak

⁴⁵ Nitekim *Sorumluluk* kenar başlıklı TBK m.244’e göre de, “Aksine sözleşme olmadıkça, satılan taşınmaz, satış sözleşmesinde yazılı yüzölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı, eksikliği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür. (2) Satılan taşınmaz, resmî bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir”.

⁴⁶ **Sirmen**, s. 144; **Sirmen**, Sorumluluk, s. 43-44.

⁴⁷ Bkz. Yuk. I, 1, c.

⁴⁸ **Esmer**, s. 109.

kadastro sürecinden⁴⁹ sonra gerçekleşecektir. Kadastro yapılması 21.06.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu (KK) hükümlerine tâbidir. Amaç kenar başlıklı m. 1'e göre, "Bu Kanunun amacı, ülke koordinat sistemine göre memleketin kadastral veya topoğrafik kadastral haritasına dayalı olarak taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukukî durumlarını tespit etmek suretiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun öngördüğü tapu sicilini kurmak, mekânsal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmaktır".

Kadastro kavramının geometrik ve hukuki olmak üzere iki yönü mevcuttu. Geometrik anlamıyla kadastro, tekniğin ve fennin yardımıyla bir ülkedeki her taşınmazın türünü, sınırını ve yüzölçümünü kesin bir şekilde belirleyip sınırlarını tespit etmeyi amaç edinmiştir. Söz konusu sınırlama (parsel sınırlarının belirtilmesi) arazinin haritasının çıkarılması ve kadastro planının yapılmasıyla gerçekleşir. Hukuki yönüyle kadastro ise, geometrik olarak sınırlanan taşınmazları üzerindeki hakları ve bu hakların sahiplerini tespit etmek amacını taşır⁵⁰.

Taşınmaz mülkiyetinin içeriği üst başlıklı *Kapsam* kenar başlıklı TMK m. 718'e göre, "arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. (2) Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer". Bu madde, arazi mülkiyetinin yatay, dikey ve madde itibariyle kapsamını düzenlemektedir⁵¹.

Arazi üzerindeki mülkiyet öncelikle, o arazinin sınırları içinde kalan toprak yüzeyini kapsar. Bu taşınmaz mülkiyetinin yatay kapsamıdır. Yatay kapsamın belirlenmesi için de, o mülkiyete konu teşkil eden arazinin sınırlarını belirlemek gerekir. *Sınırlar* üst başlıklı *Sınırların belirlenmesi* kenar başlıklı TMK m. 719'a göre, "Taşınmazın sınırları, tapu plânları ve arz üzerindeki sınır işaretleriyle belirlenir. (2) Tapu plânları ile arz üzerindeki işaretler birbirini tutmazsa, asıl olan plândaki sınırdır. Bu kural, yetkili makamlarca heyelân bölgesi olduğu belirlenen yörelerde uygulanmaz⁵²". Bu hükümde işaret edilen plân, tapu sicilinin asli unsurlarından olan plandır.

⁴⁹ Kadastro hakkında geniş bilgi için bkz. **Özmen**, İhsan/Çorbacı, Halim: 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, Ankara, 1995, s. 179 vd.; **Eren/Başpınar**, s. 262 vd.; **Özkaya**, Eraslan: Kadastro Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2007, s. 1 vd.

⁵⁰ **Eren/Başpınar**, s. 262.

⁵¹ Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı hakkında bkz. **Sirmen**, s. 387 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 467 vd.; **Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2011, s. 318 vd.

⁵² Bu hüküm kadastro yapılmış taşınmazları dikkate almaktadır. Bkz. **Sirmen**, s. 388; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 468.

Plân kenar başlıklı TMK m. 1003'e göre, "Bir taşınmazın kütüğe kaydı ve belirlenmesinde resmî bir ölçüme dayanan plân esas alınır. (2) Plânların nasıl hazırlanacağı Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir"⁵³. Bu yönetmelik henüz çıkmadığı için halen 2008/14001 no'lu Tapu Plânları Tüzüğü yürürlüktedir.

Plân, "yetkili kişilerce bir ölçüm sonunda hazırlanan ve taşınmazların hukuki ve eylemli durumlarını belirli bir ölçüğe bağlı olarak geometrik biçimde gösteren haritalardır"⁵⁴. Plân, çok çeşitli ihtiyaçlar için çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından düzenlenip kullanılmaktadır. Ancak TMK m. 719 anlamında plân, tanımını vermiş olduğumuz plândır⁵⁵. Bu plân da Tapu Plânları Tüzüğü uyarınca hazırlanmaktadır. Bu tüzüğün *Plânların hazırlanmasına dair esaslar* kenar başlıklı 5. maddesine göre, "(1) Tapu plânları, arazi üzerindeki parsel sınırlarını bu parsel içindeki yapı ve eklentileri ile tesislerin, zemindeki konumlarını doğru gösterecek şekilde, teknik yöntemine uygun ve resmi ölçüme dayalı olarak yapılır; sayısal olarak üretilen noktaların üretim yöntemi ve konum doğruluğu teknik belgelerinde gösterilir. (2) Tapu plânları, 21/6/1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu hükümlerine göre kadastro müdürlüğünce veya mahkeme kararlarına dayalı olarak ya da kanunlar uyarınca yetkili kılınan kişi ve kuruluşlarca düzenlenerek kadastro müdürlüğünün kontrol ve tasdikinden sonra tapu sicilinde tescile konu olur". Bundan başka, *Taşınmazların sınırlandırılması* kenar başlıklı m. 7 de, "(1) Taşınmazların mülkiyet sınırlarının arazide belirlenmesi işlemlerinde, tapu plânının üretilme amacına göre, Kadastro Kanunu, 23/6/1983 tarihli ve 2859 sayılı Tapulama ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkında Kanun, 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu, 25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu, 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, 22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu, 22/11/1984 tarihli ve 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanunu, 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu ve 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu ile ilgili diğer kanunların hükümlerine uyulur" hükmünü içermektedir.

Plân sınırının dışında, Kanun'un arz üzerine konulmuş işaretlerle ifade ettiği bir de fiili sınır (eylemli/yersel sınır)⁵⁶ vardır ancak Kanun

⁵³ Bkz. Yuk. Dipnot 3.

⁵⁴ **Zevkliler**, Aydın: Gayrimenkul Sınır İhtilafları, Ankara, 1976, s. 16.

⁵⁵ **Zevkliler**, s. 20; **Esmer**, s. 93.

⁵⁶ Bu hususta geniş bilgi için bkz. **Zevkliler**, s. 21 vd.; **Esmer**, s. 101 vd.

taşınmaz mülkiyet rejiminde her iki sınırın da bulunmasını öngörmüşse de⁵⁷, resmi ölçüme dayanan plândaki sınıra üstünlük tanımaktadır. TMK m. 719'da düzenlenen bu esas *Zemin ile tapu plânı arasındaki uyumsuzluk hali* kenar başlıklı Tapu Plânları Tüzüğü m. 15'de de yer almaktadır. Şöyle ki, m. 15 "Taşınmazın sınırları tapu plânları ve arz üzerindeki sınır işaretleriyle belirlenir. Tapu plânlarıyla arz üzerindeki işaretler birbirini tutmazsa asıl olan plândaki sınırdır. Taşınmazın zemindeki sınırları ile tapu plânındaki sınırları arasında farklılık bulunması halinde, teknik yöntemine, parselin zemindeki sabit ve değişmez sınırlarına ve dayanağı belgelerine uygun olarak düzenlenip tescil edilmiş tapu plânındaki sınırlar esas alınır" hükmünü içermektedir. Plân sınırına üstünlük tanınmasının sebebi, arz üzerindeki sınırın insan eliyle veya doğa olaylarıyla yer değiştirmesinin mümkün olmasına karşılık, tapu sicilinin asli unsuru olan plân üzerinde değişiklik yapılmasının çok zor olmasından dolayıdır⁵⁸. Bununla birlikte, plândaki sınırın üstünlüğü aksi ispat edilebilir bir karinedir⁵⁹. Plândaki sınırın yanlış olması halinde bu yanlışlık ya komşu maliklerin rızasıyla düzeltilir veya yanlışlıktan aynı hakkı zedelenen kimse TMK m. 1025/1'e istinaden plânın düzeltilmesini dava edebilir⁶⁰.

Kadastro sürecinin tamamlanmasından sonra yapılan tespitler tapu siciline kaydedilir. Kadastroya dayalı tapu sicili ve bu sicile yapılan kayıtlar, taşınmazın yerini, sınırlarını, yüzölçümünü, şeklini, niteliklerini harita ve plâna bağlı olarak gösterir⁶¹. Böylece, taşınmaza ilişkin olarak aleniyete kavuşması gereken hususlar belirlenmiş olur ve kütükte görünür hale geldi. İnceleme konumuz yüzölçümü de bunlardan biridir. Bu şekilde yapılan tesciller, aksi hükmen sabit oluncaya kadar geçerlidir. KK m. 12/3 gereği, kadastro tutanaklarında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait

⁵⁷ Eren, s. 320.

⁵⁸ Sirmen, s. 388.

⁵⁹ Esmer, s. 105-106. Planın yapımı sürecinde ortaya çıkabilecek eksiklikler veya yanlışlıklar söz konusu olabilir, Nitekim 2859 sayılı "Tapulama ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkındaki Kanun" da bunun için çıkarılmıştır. Keza 3402 sayılı Kadastro Kanununun 41. maddesi de "hataların düzeltilmesi" kenar başlıklıdır ve ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamalardan doğan yanlışlıkların düzeltilmesini sağlamaya yöneliktir.

⁶⁰ Sirmen, s. 389; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 470. Bu husus, zarar unsuru bakımından önem taşımaktadır. Yargıtay, yüzölçümü eksikliğinden dolayı devletin sorumluluğu yoluna gidildiğinde, zararın komşu taşınmaz malikine dava açarak karşılanıp karşılanmayacağıının araştırılmasını istemektedir. Bkz. I, 3.

⁶¹ Eren/Başpınar, s. 263.

tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastradan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz^{62 63}.

Tapu sicilinde resmi ölçüme dayalı olarak yazılmış bulunan yüzölçümü miktarı, gerçek yüzölçümünden farklı ise, yani yanlışlık söz konusu ise, bu halin sorumluluk doğurup doğurmayacağı hususuna gelince, öğretilerde çoğunlukla⁶⁴ devletin bundan sorumlu olacağını kabul edildiği görülmektedir. Öte yandan, bu konuyu taşınmazın sınırlarıyla bağlantılı olarak değerlendiril-

⁶² Geniş bilgi için bkz. **Özmen/Çorbacı**, s. 244 vd.; **Eren/Başpınar**, s. 290 vd.; **Özkaya**, s. 27 vd.

⁶³ Taşınmazın yüzölçümü kaydının re'sen düzeltilmesi hususunda KK m. 41'de *Hataların düzeltilmesi* kenar başlıklı hüküm mevcuttur. Buna göre, "(1) Kadastrо sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle geometrik durumları kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamalardan doğan hatalar, ilgilinin müracaatı veya kadastrо müdürlüğüne re'sen düzeltilir. Düzeltme, taşınmaz malikleri ile diğer hak sahiplerine tebliğ olunur. Tebliğ tarihinden başlayan otuz gün içinde düzeltmenin kaldırılması yolunda sulh hukuk mahkemesinde dava açılmadığı takdirde, yapılan düzeltme kesinleşir. (2) Kadastrо sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle kesinleşmiş olan taşınmazlarda, değişiklik işlemleri sırasında ortaya çıkan yüzölçümü farklılıklarından, kadastronun dayandığı teknik kurallarda belirtilen hata sınırları içinde kalanların re'sen düzeltilmesine kadastrо müdürlükleri yetkilidir. (3) Bu maddeden uygulanmasında, 12 nci maddede belirtilen hak düşürücü süre aranmaz". Bundan başka, kadastrо yapılmamış tapusuz taşınmazların yüzölçümünün, tapuda kayıtlı miktardan fazla olması halinde ise, Tapu Kanunu m. 31 hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre, "Gayrimenkul malların yüz ölçüsü tapu sicilinde yazılı miktardan fazla çıkıpta bu fazlalığın bitişik araziye el uzatmaktan ileri gelmediğine ve sınırcı da bir değişiklik olmadığına mahkemece karar verilirse sicille karar veçhile kaydolunur. (2) Mahkeme gayrimenkulün başında incelemeler yapar ve bitişik gayrimenkul maliklerini dinler. Mahkeme kararına, tapu fen memurlarına ve bunlar yoksa yetkili fen memurlarına veya mühendislere yaptırılacak o yere ait harita da eklenir. İtiraz halinde genel hükümler çerçevesinde dava açılır". Bu hususta bkz. **Sirmen**, s. 244; **Özkaya**, s. 153 – 155.

⁶⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 197; **Ünal/Başpınar**, s. 334 ve s. 409; **Ayan**, s. 200, dipnot 22; **Nomer/Ergüne**, s. 134; **Kurt**, s. 77; **Pekmez**, s. 55-56; **Şengül**, s. 519; **Ertaş**, s. 98. Kat mülkiyeti kütüğüne yapılan kayıtlar bakımından bu yönde bkz. **Reisoğlu**, Safa: Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara, 1976, s. 62. Belirtmek gerekir ki, kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümün kütükteki yüzölçümünün içermemesi sebebiyle devletin sorumluluğuna ilişkin bir karara ulaşamadık. Pratikte, böyle bir durumda çoğunlukla satıcının ayıptan doğan sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Örnek olarak bkz. 13. HD, 07.03.2018 T., 2016/19631 E., 2018/2845 K. (Karara konu olayda, satıcının teras kısmını kapatıp daireyi genişletmesi, bu sebeple dairenin yüzölçümünün kütükte yazılı miktarı değil ancak ekspertiz raporu ve dask poliçesindeki miktarı içermemesi söz konusudur. Bu nedenle satıcının sorumluluğu yoluna gidilmiştir.) Karar için bkz. (www.yargitay.gov.tr) (Erişim tarihi: 26.06.2020). Kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerde bağımsız bölümün metrekaare alanının eksik çıkması halinde TBK m. 244/2 değil, ayıpla ilgili hükümler uygulanır. Bkz. **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 289.

diren yazarlar da mevcuttur. Biz de bu konuyu sınır değişmeden yüzölçümü yanlışlığı ve sınır değişmesi halinde yüzölçümü yanlışlığı olarak ikiye ayırıp değerlendireceğiz.

aa. Sınırı Değiştirmeyen Yüzölçümü Yanlışlığı

Arz üzerindeki sınırla, plan sınırı birbiriyle örtüşüyor ancak örneğin 60 m² olan arazi kütükte 80 m² görünüyorsa, iyiniyet bu taşınmazı iktisap edene 20 m² kazandırmayacaktır⁶⁵. Bununla birlikte, arz üzerindeki sınırla plan sınırı örtüştüğü halde, yüzölçümü fazla yazılmışsa ve satış bedeli de yüzölçümüne göre belirlenmişse, fazla para ödeyen alıcının bu zararından dolayı devlet sorumlu olmalıdır⁶⁶. Bu halde, taşınmazların sınırlarında bir yanlışlık söz konusu olmaksızın sadece yüzölçümü miktarında yanlışlık vardır.

bb. Sınır Değişikliği Gerektiren Yüzölçümü Yanlışlığı

Taşınmazın sınırıyla ilgili yanlış bilgi, hakkın konusunu oluşturan taşınmazın büyümesi veya küçülmesi sonucunu doğuracak, tescilin içeriğinde de kısmi bir yolsuzluk söz konusu olacaktır⁶⁷.

Arz üzerindeki sınırla, plan sınırı birbirini tutmuyorsa, örneğin X arazisi gerçekte 100 m² iken kütükte 60 m² gözükyorsa, 40 m²'lik kısım da yanlışlıkla komşu Y taşınmazının sınırları içinde görünmekteyse; X taşınmazının malikinin Y taşınmazının maliki ile anlaşıp planın gerçeğe uygun olarak düzeltilmesini sağlaması, bu mümkün olmadığı takdirde de TMK m. 1025'e istinaden tapu sicilinin düzeltilmesi için dava açması gerekir. Ancak plân düzeltilmeden Y taşınmazı bir başkası tarafından iktisap edilmişse, artık plânın düzeltilmesi talep edilemeyecektir. Zira plânda gösterilen kayda iyiniyetle dayanarak aynı hak kazanan üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunacaktır⁶⁸. Bu dava ancak plân yapıldığı sırada komşu taşınmaza malik olan kişi ve onun külli halefleri ile plânın yanlış olduğunu bilen veya bilmesi gereken cüz'i haleflere karşı açılabilir⁶⁹. İyiniyetli cüz'i haleflere karşı dava açılmayacağından, bu sebeple ortaya çıkan zarardan da devlet sorumlu olmalıdır⁷⁰.

⁶⁵ Sirmen, s. 176.

⁶⁶ Sirmen, Sorumluluk, s. 49, s. 84; İmamoğlu, s. 531. Karş. Yakuppur, s. 31.

⁶⁷ Sirmen, s. 176.

⁶⁸ Sirmen, s. 389; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 470; Cansel, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s. 99; Zevkliler, s. 99; Eren, s. 322; Özçelik, s. 244.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 470.

⁷⁰ Bu yönde bkz. Özçelik, s. 245.

Arz üzerindeki sınırla, plân sınırının birbirini tutmaması halinde, bundan doğacak zarardan devletin sorumlu olup olmayacağı hususuna gelince, SİRMEN bu husustaki değerlendirmesini plan yapılmasındaki görevi ikiye ayırarak yapmaktadır: Birinci aşama, sınırların arz üzerinde işaretler konulmak suretiyle tespiti, ikinci aşama ise tespit edilen sınırların plâna geçirilmesidir. Yazara göre, birinci aşama yani ölçme aşaması sicil tutma kavramına girmediği için, arz üzerindeki sınırlar yanlış tespit edilmiş olsa dahi arz üzerindeki sınırlar ile plân sınırları birbirini tutuyorsa MK m. 917 (TMK m. 1007) uygulanmaz. Buna karşılık, işaret edip ölçülmüş sınırların plâna geçirilmesi sicil tutma niteliğinde olduğu için plâna geçirme sırasında yapılan yanlıştan dolayı devlet sorumlu olur⁷¹. Bir başka ifadeyle, devlet sadece plândaki sınırla arz üzerindeki sınırın birbirine uymaması halinde sorumludur, zira tapu sicili arz üzerindeki sınırın plâna yanlış geçirilmesi halinde yolsuz tutulmuş olur⁷².

Plânın yapılması, çeşitli aşamalardan geçse bile, bütününe baktığımızda kadastro sürecinde ortaya çıkmakta, kadastro tespitlerinin kütüğe aktarılmasıyla da sicil kaydı haline gelmektedir. Kadastro tutanaklarının doğru olması fakat tapu memurunun bunları kütüğe geçirirken yanlış yapması halinde devletin sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁷³. Nihayetinde ister sınır yanlış tespit edilmiş olsun, isterse sınır doğru olmakla birlikte yüzölçümü yanlış hesaplanmış veya bütün tespitler doğru olmakla beraber tapu memuru tarafından doğru tespitlere aykırı kayıtlar yapılmış olsun, ortaya çıkacak sonuç sicildeki kaydın yanlışlığı olacaktır. Dolayısıyla gerek plân safhasını ayırmanın gerekse buna paralel olarak kadastro sürecini tapu sicilinin tutulması kavramının dışında tutmanın⁷⁴ yerinde olmadığı kanaatindeyiz⁷⁵.

⁷¹ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 53. Ayrıca bkz. **İmamoğlu**, s. 535; **Görgeç**, s. 1192.

⁷² **Sirmen**, Sorumluluk, s. 83.

⁷³ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 57. Kadastro sürecini tapu sicilinin tutulması kavramının dışında tutan yazarlar da, doğru tespitin tapu memuru tarafından yanlış kaydedilmiş olması halinde devletin sorumlu olması gerektiğini kabul etmektedirler. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 208; **Ünal/Başpınar**, s. 387; **Eren/Başpınar**, s. 253; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 279-280; **Esmer**, s. 768-769; **Ayan**, s. 242-243; **Sapanoğlu**, s. 158; **Görgeç**, s. 1191.

⁷⁴ Bkz. bu yönde **Sirmen**, Sorumluluk, s. 56-57; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 208; **Ünal/Başpınar**, s. 387; **Eren/Başpınar**, s. 253; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 279-280; **Ayan**, s. 242-243; **Sapanoğlu**, s. 158; **Görgeç**, s. 1191. Karş. **Esmer**, s. 768-769; **İmamoğlu**, s. 525. Devletin sorumluluğunun sadece tapu siciline yapılan işlemlerdeki yanlışlara münhasır olduğu, kadastro tespitinin hatalı yapılmasından dolayı sorumluluğunun olmadığı yönündeki görüş için bkz. **Esener/Güven**, s. 142.

⁷⁵ Bu yönde **Pekmez**, s. 44.

Kadastronun amacı gerek geometrik gerekse hukuki bakımdan taşınmazı bütün yönleriyle ortaya koymaktır. Medeni Kanunun öngördüğü tapu sicillerinin oluşumu da buna bağlıdır. Öte yandan Kanun bu tapu sicilinin tutulmasından doğacak zararlardan ötürü sorumluluk hükmü getirmiştir. Kadastro tespiti – bu bağlamda ortaya çıkan sınır, yüzölçümü, hak sahiplerinin kim olduğu vb. – hukuka aykırı ise buna istinaden oluşturulacak tapu sicil kayıtları da hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca kadastro tespitinin doğru olması ve fakat tapu memuru tarafından sicile yanlış aktarılması halinde de sicil kaydı hukuka aykırı olacaktır. Tapu sicilinde işlem yapan, aleni olan bu bilgileri gören ve buna güvenen kişi bakımından yanlışlığın ne şekilde ortaya çıktığının bir önemi olmasa gerektir. Kanun koyucu güvenin korunmadığı yerde devletin sorumluluğunu getirmiştir. Kanaatimizce, devletin sorumluluğu bakımından kadastro aşaması ile bu aşamanın sonunda ortaya çıkan tespitlerin aktarılması arasında yapılan ayırım suni bir ayırımdır⁷⁶. Öte yandan, kadastro faaliyetlerinin düzeltilmesine ilişkin kanun yollarının varlığı bu faaliyeti tapu sicili tutma içinde değerlendirmem için yeterli değildir. Bu noktada devletin sorumluluğu, tapu kütüğüne yapılan hukuka aykırı diğer kayıtlardan sorumlulukta olduğu gibi, kaydın düzeltilmesi imkânının kaybedildiği ihtimalde doğacaktır⁷⁷.

Yargıtay uygulamasını çalışmamızın ikinci bölümünde değerlendireceğiz ancak konu bütünlüğü açısından hemen belirtelim ki, Yargıtay'ın plânın hazırlanması safhasını ayırıp buna göre sorumluluk kuran bir kararıyla karşılaşmadıysak da, önceki kararlarında kadastro aşamasını tapu sicilini tutma faaliyeti içinde görmezken, tespit ettiğimiz kadarıyla 18.11.2009 tarihli 2009/4-383 E., 2009/517 K. sayılı Hukuk Genel Kurulu kararıyla⁷⁸ birlikte kadastro sürecini de tapu sicilinin tutulması içinde kabul etmektedir. Bu uygulamasının istikrar kazandığı söylemek de mümkündür.

3. Zarar

TMK m. 1007 hükmü çerçevesinde devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından dolayı

⁷⁶ **Pekmez**, s. 44. Devletin sorumluluğu bakımından kadastro aşamasını ayrı tutmayan, bir başka ifadeyle kadastro tespitindeki hatalardan da sorumlu olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Ertaş**, s. 99-100; **Ertaş**, Sorumluluk, s. 50-51; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, 1976, s. 682; **Sarioğlu**, s. 399 ve s. 407-408.

⁷⁷ **Pekmez**, s. 44.

⁷⁸ YHGK, 18.11.2009 T., 2009/4-383 E., 2009/517 K. Aynı yönde bkz. YHGK, 16.06.2010 T., 2010/4-349 E., 2010/318 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

maddi bir zararın doğmuş olması gerekir. Tapu sicilinin hukuka aykırı tutulmasından dolayı bir zarar doğmamışsa devletin sorumluluğu söz konusu olmaz. Öte yandan, tapu sicilindeki hukuka aykırılığın düzeltilmesi imkân olduğu hallerde de bir zararın gerçekleştiğini söylemek mümkün olmaz. Zarar bu ihtimalde bu imkânlarla başvurmakla ortaya çıkan masraflardır⁷⁹.

Yargıtay da, özellikle yüzölçümü yanlışlığından doğan davalarda, KK m. 41 uyarınca itiraz edilmek suretiyle yanlışlığın düzeltilmesi yoluna gidilip gidilmediğini gözetmektedir. Şöyle ki; 20. Hukuk Dairesi, 2016/13552 E; 2019/2829 K; 22.4.2019 tarihli kararında şu ifadelerle yer verip işaret ettiğimiz husus çerçevesinde şu yönde karar vermiştir: “...3402 Sayılı Kanun’un 41. maddesinde “kadastro sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerle geometrik durumları kesinleşmiş olan taşınmazlarda ölçü, sınırlandırma, tersimat ve hesaplamalardan doğan hatalar, ilgilinin müracaatı veya kadastro müdürlüğüne re’sen düzeltilir. Düzeltme, taşınmaz malikleri ile diğer hak sahiplerine tebliğ olunur. Tebliğ tarihinden başlayan otuz gün içinde düzeltmenin kaldırılması yolunda sulh hukuk mahkemesinde dava açılmadığı takdirde, yapılan düzeltme kesinleşir.” hükmü yer almakta olup **davacı taşınmazının zeminde tapuda yazan miktardan daha az olduğunu iddia ediyorsa tapu müdürlüğüne başvuruda bulunarak 3402 Sayılı Kanun’un 41. maddesi gereği düzeltme yapılmasını isteme hakkının olduğu, davacının başvurusu üzerine taşınmazın yüzölçümünde azalma olursa ancak bundan sonra davacının TMK’nun 1007. maddesine dayalı tazminat davası açabileceği gözetilmeksizin henüz doğmamış bir zarar nedeni ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden davalı Hazinenin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir**⁸⁰...”

⁷⁹ Sirmen, Sorumluluk, s. 86 vd.; Pekmez, s. 123 vd.; İmamoğlu, s. 578 vd.; Sapanoğlu, s. 264 vd.

⁸⁰ 20. HD, 22.4.2019 T., 2016/13552 E, 2019/2829 K. “...İncelenen dosya kapsamına göre, her ne kadar davacı tazminat istemine dayanak yapılan taşınmazın tapuda 1555 m² yüzölçümü ile kayıtlı olmasına rağmen gerçekte tapuda yazan miktardan daha az olduğunu iddia etmekte ise de; tapuda taşınmaz hâlâ aynı yüzölçümü ile kayıtlı olup taşınmazın yüzölçümüne dair bir düzeltme yapılmadığından davacının zararının oluştuğundan sözedilemeyeceği, davacının 3402 Sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca idareye başvurularak taşınmazın yüzölçümünde yanlışlık varsa bunun düzeltilmesini isteyebileceği, eğer taşınmazın tapu kaydında bir düzeltme yapılır ve taşınmazın yüzölçümünde azalma olursa davacının zararının doğduğunu iddia edebileceği henüz doğmamış bir zarar için TMK’nun 1007. maddesine dayalı tazminat davası açılmayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken...”. 20. HD, 15.6.2017 T., 2016/139 E., 2017/5516 K. Bu yönde ayrıca bkz. 20. HD, 31.5.2018 T., 2016/6933 E., 2018/4176 K.; 20. HD, 9.3.2017 T. 2015/5052 E., 2017/2068 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

Ayrıca Yargıtay, yanlışlığın düzeltilmesi için kanunlarda gösterilen yolların tüketilip tüketilmediğinden başka, yine özellikle yüzölçümü yanlışlıklarından dolayı açılan davalarda, ortaya çıkan zararın Hazine dışında özellikle komşu taşınmaz maliklerine dava açılıp tazmin ettirilmesi imkânının varlığını araştırmaktadır. Bir başka ifadeyle, zarara uğrayan kimsenin, bu zararını gidermek için devlet dışında bir başkasına – çoğunlukla komşu taşınmaz malikine – dava açarak zararını karşılayıp karşılayamayacağını belirlenmesini istemektedir. Bu imkân yok ise devletin tazminat borcunun doğacağını kabul etmektedir. Örneğin, 20. Hukuk Dairesi 2016/13445 E.; 2019/2439 K.; 9.4.2019 tarihli kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “... Genel arazi kadastro çalışmaları sırasında tespit ve tescile tâbi tutulan çekişmeli taşınmazın, sonradan 3402 Sayılı Kanun’un 22/2 – a maddesi uyarınca yapılan uygulama ile yüzölçümü azalmış ise de, azalmanın nereden kaynaklandığı, komşu parsellere bir kayma olup olmadığı, varsa kadastro işlemi yararına olan kişi ya da kişiler hasım gösterilerek tapu iptali istenebileceği, davacı bu şekilde zararını karşılayabilecekse Hazinesin zararından sorumlu olmayacağı düşünülmesi ise de mahkemece keşif yapılmak sureti ile taşınmazın yüzölçümündeki azalmanın nedeni belirlenmemiştir....⁸¹”. Yargıtay bu gerekçelere istinaden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Öte yandan, Yargıtay’ın – inceleme konumuz bağlamında – zararın tespiti hususundaki uygulaması da istikrar kazanmış durumdadır. Öncelikle zararın kesin olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, tapu sicilinin düzeltilmesinin ihtimal dâhilinde olması halinde bu yolun denenmiş ancak olumlu bir sonuca ulaşamamış olmasını aramaktadır. Buna ilişkin kararın kesinleştiği tarih itibariyle de, taşınmazın türüne göre öngördüğü yöntemeye uygun olarak hesap yapılması gerekmektedir. Örneğin, 20. Hukuk Dairesi 2018/5140 E.; 2019/2376 K.; 8.4.2019 tarihli kararına göre, “... Bu durumda, bilirkişilerce yeniden rapor düzenlenerek taşınmazın çapında bir değişiklik olduğu ve komşu parsellere kayma olduğunun belirlenmesi halinde davacının açacağı tapu iptal davası ile zararını karşılayabileceği, taşınmazın çapında bir değişiklik olmamasına rağmen, taşınmazın miktarında azalma meydana gelmişse bu durumda davacının tazminat hakkının tapu sicilinin yanlış tutulmuş olması nedeni ile doğduğu gözetilerek, zararın doğduğu tarih itibari ile taşınmazın arsa niteliğinde olduğunun belirlenmesi

⁸¹ 20. HD, 9.4.2019 T., 2016/13445 E., 2019/2439 K. Bu yönde ayrıca bkz. 20. HD, 8.4.2019 T., 2018/5140 E., 2019/2376 K.; 20. HD, 4.4.2019 T., 2016/13256 E., 2019/2325 K.; 20. HD, 13.11.2018 T., 2018/2240 E., 2018/7320 K.; 20. HD, 17.4.2018 T., 2018/817 E., 2018/3126 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

halinde emsal metodu, arazi olduğunun belirlenmesi halinde net gelir yöntemiyle 3402 Sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca yapılan düzeltme işleminin kesinleşerek taşınmazın yeni yüzölçümü ile tapuya tescil edildiği 02/07/2012 tarihindeki gerçek değerinin hesaplattırılması, bu şekilde tapu sahibinin gerçek zararının saptanması, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu yetersiz bilirkişi kurul raporlarına dayalı verilen karar usul ve kanuna aykırıdır...⁸²”.

⁸² 20. HD, 8.4.2019 T., 2018/5140 E., 2019/2376 K. “... 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 1007. maddesi gereğince, tapu sicilinin yanlış tutulması sebebiyle zarara uğrayan kişinin bütün zararlarından Devlet sorumludur. Tapu kaydının iptali nedeniyle, tapu sahibinin oluşan gerçek zararı neyse, tazminatın miktarı da o kadar olmalıdır. Gerçek zarar; tapu kaydının iptali nedeniyle, tapu malikinin mal varlığında meydana gelen azalmaz. Tazminat miktarı, zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin mal varlığı ne durumda olacak idiyse, aynı durumun tesis edilebileceği miktarda olmalıdır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 5.3.2003 gün ve 2003/19-152 E. - 2003/125 K.; 29.9.2010 gün ve 2010/14-386 E. - 2010/427 K.; 15.12.2010 gün ve 2010/13-618 E. - 2010/668 K. sayılı kararı). Zarara uğrayan kişinin gerçek zararı ise, tazminat miktarının belirlenmesinde esas alınacak değerlendirme tarihine göre belirlenecek olup, bu tarih ise zararın meydana geldiği tarihtir. Zararın meydana geldiği tarihe göre, tapusu iptal edilen gayrimenkulün niteliği ve değeri belirlenmelidir. Taşınmazın niteliği arazi ise, net gelir metodu yöntemi ile, arsa vasfında ise değerlendirme gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması suretiyle gerçek değer belirlenmelidir...”. “... **Bu bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında davalıya ait taşınmazın tapu kaydının, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 3.5.2012 gün ... sayılı kararı ile kıyı kenar çizgisi içinde kaldığı gerekçesiyle 10315,74 m²'lik kısmının iptal edildiği ve 21.1.2014 tarihinde kesinleştiği, her ne kadar kıyılar özel mülkiyete konu olması mümkün değil ise de, arazi kadastrosu sırasında taşınmazın gerçek kişi adına tespit gördüğü ve tapu kütüğünün gerçek kişiler adına oluşturulduğu, daha sonra satış ile davacıya kadar el değiştirdiği, bu şekilde tapu sicili hatalı olarak tutulduğundan, TMK'nın 1007. maddesi kapsamında Devletin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu ve davacının gerçek zararının tazmininin gerektiği anlaşılmaktadır...**”. 20. HD, 18.5.2016 T., 2015/12152 E., 2016/5851 K. “... 4721 Sayılı TMK'nın sorumluluk kenar başlığını taşıyan 1007. maddesi “Tapu sicilinin tutulmasında doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur.” hükmünü içermekte olup, bu maddede düzenlenen sorumluluk, kusura dayanmayan (objektif) bir sorumluluk türü olup, tapu müdürü ya da memurunun kusuru olsun ya da olmasın, sicilin tutulmasında, kişilerin malvarlığı çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırı davranılmış olması yeterlidir. Kusurun varlığı ya da yokluğu devletin sorumluluğu için önem taşımamakta, sadece, Devletin memuruna rücu halinde iç ilişkide etkili olmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.11.2009 gün ve 2009/4 - 383 E. - 2009/517 K.; 16.06.2010 gün ve 2010/4 - 349 E. - 2010/318 K. sayılı kararlarında da vurgulandığı gibi; tapu işlemleri kadastro tespit işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK m. 1007 anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir. **Bu bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında; 1950 yılında yapılan tapulama**

Zarar başlığı altında son olarak değerlendirmek istediğimiz husus, TBK m. 244 hükmü ile TMK m. 1007 arasındaki ilişkidir. *Sorumluluk* kenar başlıklı TBK m. 244'e göre, "Aksine sözleşme olmadıkça, satılan taşınmaz, satış sözleşmesinde yazılı yüzölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı, eksikliği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür. (2) Satılan taşınmaz, resmî bir ölçüme dayanılarak tapu siciline yazılmış olan yüzölçümü tutarını içermiyorsa satıcı, özellikle üstlenmiş olmadıkça tazminat ile yükümlü değildir". TBK m. 244/1 ve 244/2 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, yüzölçümü bilgisi resmi ölçüme dayanmayan taşınmazın, yüzölçümünün gerçek miktarı yazılı olandan az ise, satıcı eksik için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür. Buna karşılık, taşınmazın yüzölçümü bilgisi resmi ölçüme dayanıyorsa ancak yüzölçümünün gerçek miktarı kütükte yazılandan az ise satıcının bundan dolayı sorumlu olması, bunu ayrıca üstlenmiş olmasına bağlıdır. Bir başka ifadeyle, yüzölçümü bilgisinin resmi ölçüme dayandığı hallerde, eksikliğinden dolayı satıcı kural olarak sorumlu değildir. Sorumlu olması için bunu ayrıca tekeffül etmiş olması gerekir⁸³. Bu halde, alıcı TMK m. 1007 hükmüne göre devletin sorumluluğu yoluna gidebilecektir⁸⁴. Bu hususta tartışmalı olan bir nokta, yüzölçümü bilgisi resmi ölçüme dayanan bir taşınmaza ilişkin olarak satım sözleşmesine satıcının sorumlu olmayacağı

çalışmalarında 52350 m² olarak tespit ve tescile tâbi tutulan taşınmazın, sonradan yüzölçümünün 3402 Sayılı Kanun'un 22/2-a maddesi uyarınca yapılan uygulama kadastrosunda azalması sebebiyle oluşan zararın da kadastro işlemlerinden kaynaklandığı ve TMK'nın 1007. maddesi anlamında tazmini gerektiği muhakkak olup, davanın kabulünde isabetsizlik bulunmamaktadır. Hemen belirtilmelidir ki, Medenî Kanununun 1007. maddesinde sözü edilen zarar gerçek zarar olup, burada gerçek zarar; tapunun yüzölçümünün azalması nedeniyle, tapu malikinin mal varlığında meydana gelen azalmadır. Tazminat miktarı, zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin mal varlığı ne durumda olacak idi ise, aynı durumun yeniden tesis edilebileceği miktarda olmalıdır..." 20. HD, 26.1.2016 T., 2015/9986 E., 2016/1002 K. Bu yönde ayrıca bkz. 20. HD, 27.11.2019 T., 2019/3858 E., 2019/6970 K.; 20. HD, 6.5.2019 T., 2016/14845 E., 2019/3131 K.; 20. HD, 9.4.2019 T., 2016/13445 E., 2019/2439 K.; 20. HD, 4.4.2019 T., 2016/13682 E., 2019/2343 K.; 20. HD, 24.1.2019 T., 2018/1780 E., 2019/458 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

⁸³ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 84; **Pekmez**, s. 54 vd. Yargıtay bu tekeffülün resmi şekil şartına uyulmadıkça geçerli olmayacağını kabul etmiştir. Bkz. 13. HD, 13.5.1983 T., 1983/2189 E., 1983/3622 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 24.07.2020). Bu karara ilişkin olarak bkz. **Güvenç**, Fikret: "Taşınmaz Satım Akdinde Satıcının Ölçüm Noksanlığı Nedeniyle Doğacak Tazminat Sorumluluğu", İBD, S.1/2/3, C. 59, 1985, s. 135-137. Tapusuz taşınmazların miktar noksanında mülga BK m. 215 (TBK m. 244) hükmünün uygulanmayacağı hakkında bkz. YHGK, 23.12.1981 T., 1980/13-2758 E., 1981/852 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

⁸⁴ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 84.

kaydının konulmuş olması halinde, devletin sorumluluğunun devam edip etmeyeceğidir. Bir görüş, bu halde devletin de sorumlu olmayacağı yönündedir⁸⁵. Katıldığımız diğer görüş ise, bu halde de devletin sorumluluğunun bertaraf edilmemiş olduğu yönündedir. Sorumsuzluk kaydı konmuş olması halinde satıcı sadece kendi sorumluluğunu ortadan kaldırır, ancak devlet kanaatimizce sorumlu olmaya devam edecektir⁸⁶.

4. Uygun İlliyet Bağı

TMK m. 1007'ye göre, devletin sorumluluğunun doğması için aranan son koşul, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması ile doğan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Yani zararın sebebi tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması olmalıdır. Aksi halde, yani zararın sebebi tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması değilse devletin de sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Tapu sicilinin tutulmasıyla ilgili olarak yapılması gerekenin yapılmaması veya yapılmaması gerekenin yapılması olayların normal akışı itibarıyla ortaya çıkan zararı doğurmaya elverişli ise uygun illiyet bağı mevcuttur⁸⁷.

Devletin sorumluluğu bakımından bazı hallerde zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesmesi söz konusu olabilir. Ancak bunun için zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesecek yoğunlukta olması, tapu sicilinin hukuka aykırı tutulması sebebinin arka plana itecek olması gerekir⁸⁸. Örneğin tapuya kaydedilemeyecek nitelikte olan ancak her nasılsa kütüğe kaydolmuş kamu malı niteliğindeki taşınmazı, bu niteliğini bilerek devralan üçüncü kişinin kazanımının korunması söz konusu değildir, bu ihtimal çerçevesinde uğramış olduğu zararı devlete tazmin ettirmesi de mümkün olmayacaktır. Zira zarar tapu siciline duyulan güvenin akamete uğramasından değil bizatihi kişinin kendi kusurlu davranışından ileri gelmiştir⁸⁹.

Zararın doğmasında üçüncü bir kişinin kusuru da etki etmiş olabilir, ancak kusurun ağırlığı ne olursa olsun, sicilin hukuka aykırı tutulmasının yarattığı tehlikenin büyüklüğü karşısında hiçbir zaman illiyet bağını kesecek yoğunluğa erişemez. Bu halde ancak devlet ile arasında müteselsil sorum-

⁸⁵ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 84, **Sirmen**, s. 176.

⁸⁶ **Pekmez**, s. 56 ve dipnot 58. Bu sorumluluğun müteselsil olduğu yönünde bkz. **Pekmez**, s. 56.

⁸⁷ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 92 vd.; **Pekmez**, s. 139 vd.

⁸⁸ **Sirmen**, Sorumluluk, s. 94-95; **Pekmez**, s. 140.

⁸⁹ **Pekmez**, s. 140-141.

luluk söz konusu olabilir⁹⁰. Bu çerçevede sahte vekâletname ile yolsuz tescile sebep olduğu ve üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması sebebiyle gerçek hak sahibinin hakkını kaybedip zarara uğradığı hallerde de devletin sorumluluğu devam eder⁹¹.

II. DEVLETİN TAŞINMAZIN TAPU KAYDINDAKİ YÜZÖLÇÜMÜNÜN YANLIŞLIĞINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUNDA YARGITAY'IN UYGULAMASI

1. Kadastro Sürecinin Sorumluluk Kapsamında Kabul Edilmediği Süreç

Yargıtay'ın kadastro sürecini tapu sicilinin tutulması kavramı dışında tuttuğu TMK m. 1007 (743 sayılı mülga TMK m. 917) hükmüne ilişkin uygulaması, tespit edebildiğimiz kadarıyla 18.11.2009 tarihli 2009/4-383 E., 2009/517 K. sayılı Hukuk Genel Kurulu kararıyla⁹² birlikte değişmiştir. Bu karara kadarki uygulaması kadastro sürecinde belirlenmiş hususları devletin sorumluluğunun kapsamı dışında tutmak yönündeydi.

Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1978/4-624 E., 1980/2478 K. ve 26.11.1980 tarihli kararında⁹³, yerel mahkemenin 4. Hukuk Dairesinin kararına direnmesi üzerine yaptığı değerlendirmede, öncelikle, 4. Hukuk Dairesinin şu ifadelerine yer vermiştir: “...*Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22/02/1976 gün ve 974/12675 - 976/1745 sayılı ilamıyla, Özel Daire, “... MK.nun 917. maddesi hüküm tapu sicillerinin tutulması işleminden doğan zararın ödetilmesi yükümünü Hazine'ye yüklemiştir. **Kadastro tesbiti muameleleri ise, sicil kavramı içine girmez. Bu nedenle kadastro tesbitini yanlış yapılmasından doğan zararlar hakkında MK.nun 917. maddesi uygulanamaz. Ancak, kadastro sonucunun tapu siciline yanlış işlenmesi, tapu sicili tutulması faaliyetlerinden olduğundan bu hallerde MK.nun 917. maddesi uygulanır.** Yanlış yapılan kadastro tesbitine karşı, davacıların başvurabilecekleri kanuni yolları tapulama kanunları düzenlemiştir. Tapulama Kanunlarının verdiği başvurma yollarına gitmeyen davacıların, tapu sicilinin tutulması ile ilgili bulunmayan, hatalı kadastro tesbitine uygun*

⁹⁰ Sirmen, Sorumluluk, s. 95. Karş. Pekmez, s. 142-145.

⁹¹ Özçelik, s. 263.

⁹² YHGK, 18.11.2009 T., 2009/4-383 E., 2009/517 K. Aynı yönde bkz. YHGK, 16.06.2010 T., 2010/4-349 E., 2010/318 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

⁹³ YHGK, 26.11.1980 T., 1978/4-624 E., 1980/2478 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020).

biçimde tapu tesis etmiş bulunan Hazine'den MK.nun 917. maddesine dayanarak tazminat istemeye hakkı yoktur...". Bu gerekçeyle yerel mahkemenin kararını bozan 4. Hukuk Dairesinin kararına direnilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu direnme kararını bozmuştur. Kararda şu ifadeler yer almaktadır: "... Tapu sicilinin önemi ve kişilerin bu sicile olan güven duygularını sağlamak bakımından MK.nun 917. maddesi ile tapu sicilini tutulmasından doğan zarardan ötürü Hazine'nin doğrudan doğruya sorumlu olacağı ilkesi benimsenmiştir. Bu sorumluluk asli ve objektif sorumluluk olduğundan zarara uğrayan doğrudan Devletten zararının ödenmesini isteyebilir. MK.da düzenlene ve BK.nun haksız fiil sorumluluğuna ait kuralların da uygulanacağı ve bu nedenlerle adil yargıda bakılacak bu davalarda, zarar sicil tutma kavramına giren bir işlemde veya böyle bir işlemin yerine getirilmemiş olmasından doğabilir. Bu zararı doğuran işlem ve işlemin yerine getirilmemiş olmasının hukuka aykırılığı da gereklidir. Bu itibarla zarar ile sicilin tutulması arasında ilişkinin bulunması icap ettiğinden, **sicil tutulması ile ilgili olmayan, kanun yolları gösterilmiş ve bu yollara müracaat suretiyle düzeltilmesi olanakları bulunan kadastro çalışma ve faaliyetleri sırasındaki işlemleri sicil tutma kavramı içinde mütalaa edilemeyeceğinden Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır...**".

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, yukarıda yer verdiğimiz Hukuk Genel Kurulu kararına da yollama içeren bir kararı⁹⁴ doğrudan yüzölçümü eksikliğine ilişkindir. Takip etmiş olduğu içtihat bağlamında da, devletin kadastro sürecindeki yanlışlıklardan ötürü sorumluluğunu kabul etmemektedir. Karara konu olayda Maliye Hazinesi adına kayıtlı taşınmazın davacı tarafından satın

⁹⁴ 4. HD, 26.12.2002 T., 2002/14339 E., 2002/14717 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020). 4. Hukuk Dairesi'nin bir başka kararında da açıkça kadastro sürecinin sorumluluk dışında tutulduğu görülmektedir. Şöyle ki "...Dava konusu taşınmaz satış tarihinde kadastral durumu belirlenmiş ve parsel numarası verilmiş bir taşınmazdır. Bu bakımdan MK.nun eski 645-yeni 719. maddesi uyarınca taşınmazın arz üzerindeki sınırları ölçekli haritasında belirtilmiştir. Bu harita taşınmazın gerçek miktarını belirlemeye yeterlidir. Somut olayda haritada bir yanlışlık bulunmadığına göre uyumsuzluğun çözümünde bu haritanın esas alınması gerekir. Somut olayda, haritanın yanlış olmadığı, hatta kadastroca işlemin doğru yapıldığı **ancak yazım sırasındaki maddi hata nedeniyle yanlış yazıldığı** anlaşılmaktadır. Bu miktar görülemeyecek düzeyde olmayıp, davacının satın aldığı taşınmazın haritasındaki miktarın 1,5 katından fazladır. Bu hususlar gözetildiğinde-eski MK.917.maddesi yeni 1007 md.- kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir...". Bkz. 4.HD, 19.03.2002 T., 2001/11180 E., 2002/3201 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020).

alınması ancak kütükte yazılı yüzölçümünü içermediğinin, eksik olduğunun sonradan ortaya çıkması söz konusudur. Şöyle ki, “... *Daha sonra yapılan kadastro çalışmaları sırasında 1 nolu parsel ahır bahçesi niteliği ile 3513 m2 64 dm2 olarak Yusuf mirasçıları olan davacı ve diğerleri adlarına, 2 nolu parsel ise bahçe niteliği ile 5328 m2, 32 dm2 olarak Maliye Hazinesi adına kaydedildiği ve 2 nolu parselin Maliye Hazinesince 5328 m2, 32 dm2 olarak davacıya satıldığı; ne var ki, kadastro çalışmaları sırasında çizilen pafta krokisinde 1 nolu parsel üzerinde gözükün yapının ölçümde 2 nolu parselde ölçülmesi nedeniyle 2 nolu parselin yüzölçümünün fazla belirlendiği ve bu şekli ile tapuya tescil edildiği anlaşılmaktadır...*”. Bununla birlikte Yargıtay kadastro aşamasındaki yanlışlıklardan dolayı devletin sorumluluğunu kabul etmemiştir: “...*Tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devletin sorumlu olacağı Yeni Medeni Kanununun 1007. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Ancak Devletin sorumluluğundan söz edilebilmesi için tapu sicilinin tutulmasında tapu sicil müdürü ya da memurunun hukuka aykırı bir işleminin ve bununla zararlı sonuç arasında nedensellik bağının varlığı gerekir. Kadastro çalışmaları ve faaliyetleri sırasındaki işlemler tapu sicili tutma kavramı içinde yorumlanamaz. O halde Hazine kadastro tespiti sırasında yapılan hatalardan MK.’nın 1007. maddesine göre sorumlu tutulamaz. Dairemiz bu görüşü benimsemiş olup istikrarlı biçimde de uygulamaktadır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26/10/1980 gün ve 1978/4-624 Esas, 1980/2478 Karar sayılı kararı da bu doğrultudadır...*”.

Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, Yargıtay önceki uygulamasında kadastro sürecindeki işlemleri sicil tutma kapsamında kabul etmeyip mülga TMK m. 917 (TMK m. 1007) çerçevesinde devleti sorumlu tutmamaktaydı. Hukuk Genel Kurulu kararında kadastro çalışmalarına ilişkin kanun yollarına başvurulması gereğinden de bahsedilmektedir. Esasen yeni uygulaması bağlamında verdiği kararlarda da, müteakip bölümde yer vereceğimiz üzere, kadastroya itiraz da dâhil olmak üzere, deyim yerindeyse bütün yolların tüketilmiş olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmektedir ama artık kadastro sürecini tapu sicili tutma faaliyeti dışında görmemektedir.

2. 2009/4-383 E., 2009/517 K., 18.11.2009 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararından Sonraki Süreç

Yargıtay’ın kadastro sürecini de tapu sicilinin tutulmasına kavramına dâhil ettiği ilk kararı – tespit edebildiğimiz kadarıyla – 18.11.2019 tarihli

Hukuk Genel Kurulu kararıdır⁹⁵. Bu ve bu kararı takip eden 16.06.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına⁹⁶, bilahare devletin sorumluluğuna ilişkin verilen kararlarda sürekli biçimde yollama mevcuttur. Öneme binaen bu iki kararı değerlendirmek gerekmektedir.

İlk karara konu olay ana hatlarıyla şu şekilde gerçekleşmiştir: Davaya konu taşınmazlar 1963 yılında kişiler adına tescil edilmiş, davacı kooperatif de bu taşınmazları satın almıştır. Satın alındığı dönemde taşınmazlara ilişkin beyanlar hanesinde orman alanından çıkarılmış olduğuna dair bir açıklama söz konusu değildir. Daha sonra Hazine, kooperatif aleyhine dava açıp taşınmazın evveliyatının orman olduğundan bahisle tapu iptali ve tescil talep etmiş, dava sonucunda söz konusu taşınmazlar Hazine adına tescil edilmiştir. Kooperatif tarafından uğranılan zarar sebebiyle icra takibi başlatılmış, itiraz edilmiş, itirazın iptali davası kabul edilmiş, davalının temyiz etmesi üzerine uyuşmazlık 4. Hukuk Dairesinin önüne gelmiştir. 4. Hukuk Dairesi şu gerekçelerle kararı bozmuştur: “...*Davacı, kadastro tespiti sonucunda üçüncü kişiler adına tespit görüp kesinleşen ve tapuya kaydedilen taşınmazları tapu siciline güvenerek satın aldığı; daha sonra Hazine'nin açtığı dava sonunda tapuların iptal edildiğini belirterek, uğradığı maddi zararı takip konusu yapmıştır. Davacı, davasını tapu sicilinin tutulmasından doğan zarardan Devletin özel hukuk ilkeleri gereğince sorumluluğunu düzenleyen ayrık nitelikteki TMK'nun 1007. maddesine dayandırmıştır. Bu maddeye göre **Hazine'nin sorumlu tutulabilmesi için zararın tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanmış olması gerekir. Oysa, dava konusu zarara neden olan hatalı tespit, kadastro çalışmaları sırasında oluşmuştur...**”. Direnme kararı üzerine konu Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir. Belirtmek gerekir ki, uyuşmazlık öncelikle davaya hangi yargı kolunun bakacağı hususundan doğmuştur ama Hukuk Genel Kurulu bu karar bağlamında – halen takip edilen – bazı ilkeleri ortaya koymuştur. Şöyle ki, “... Anlatılan bu tarihsel kronoloji içerisinde, davacıların taşınmazları satın alma ve müteakip işlemlerinin tapu siciline güven ilkesi dâhilinde gerçekleştiği, mahkemenin kararının kesinleştiği 2002 yılına kadar da taşınmazların kendilerine ait olduğu güveni ile hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davacıların adlarına olan tapu kayıtlarının iptal edilmesi nedeniyle zarara uğradıkları açık bulunmaktadır. Bu aşamada, kadastro işlemlerinden doğan*

⁹⁵ YHGK, 18.11.2009 T., 2009/4-383 E., 2009/517 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

⁹⁶ YHGK, 16.06.2010 T., 2010/4-349 E., 2010/318 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020)

zararın, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunun açıklanmasında yarar bulunmaktadır...”.

Hukuk Genel Kurulu devamında şu ifadelerle kadastro sürecini de artık tapu sicilinin tutulması kapsamında gördüğünü açıklamıştır: “...Davaya konu somut olayda, yapılan kadastro işlemine süresi içinde Hazine adına itiraz etmekle yükümlü olan görevliler üzerlerine düşen görevlerini yapmamışlardır. **Tapu işlemleri kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan T.M.K. 1007 anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir.** Burada Devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk tapu siciline bağlı çıkarların ve aynı hakların yanlış tescili sonucu değişmesi ya da yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. **Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden Devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür. Bu itibarla, kadastro görevlilerinin dayanaksız ya da gerçek hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemelerini ve taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmalarını da aynı kapsamda düşünmek gerekir. ...**”.

Hukuk Genel Kurulu bu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Türkiye hakkındaki kararlarına da gerekçesinde yer vermiştir⁹⁷. Buna göre, “... Bilindiği üzere, AİHM, 8 Temmuz 2008 tarihli ihlal kararında, başvuruların tapuları iptal edilinceye ve Hazine adına tescil edilinceye kadar, taşınmazların hukuken maliki olduklarını ve **mülkiyet haklarının tartışmasız delilini teşkil eden sicile güven ilkesinden yararlandıklarını, mülkiyet hakkından, kamu yararı bulunması nedeniyle mahkeme kararıyla mahrum kaldıklarını, ancak, Devlet tarafından tazminat ödenmeksizin taşınmazın geri alınmasının orantısız bir müdahale olduğunu ve söz konusu davada tazminat ödememeyi gerektirecek istisnai şartların bulunmadığını kaydederek, kamu yararı ile bireysel haklar arasındaki adil dengenin kurulamadığı gerekçesiyle AİHS'ye Ek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer konudaki 2 Haziran 2009 tarihli ve 343/04 başvuru no'lu Hacısalihoğlu - Türkiye kararında da yine aynı sonuca ulaşmıştır...**”. “...AİHM, 13 Ekim 2009 tarihinde adil tatmine ilişkin kararını açıklamıştır. Söz konusu kararda, başvuru-

⁹⁷ Mülkiyet hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle korunmasına ilişkin olarak bkz. Sirmen, s. 253-257.

ranların mülklerinden bir yargı kararıyla yoksun bırakıldıkları tespitine yer verilmiştir. AİHM, başvuranlara uygulanan yoksun bırakma işlemine gerekçe olarak, gösterilen tabiatın ve ormanların korunması amacının 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesi anlamında kamu yararı kapsamına girdiğine dikkat çekmekle birlikte, mülkiyetten yoksun bırakma halinde, ihtilaf konusu tedbirin arzu edilen dengeye riayet edip etmediğinin ve bilhassa da başvuranlara orantısız bir yük yükleyip yüklediğinin belirlenmesi için, iç hukukta öngörülen telafi yöntemlerinin dikkate alınması gerektiğini hatırlatmıştır. Bu çerçevede AİHM, mülkün değerine karşılık gelen makul bir meblağın ödenmemesi durumunda mülkten mahrum bırakmanın aşın bir müdahale teşkil edeceğini ve hiçbir tazminat ödenmemesi durumunun ise 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesi anlamında ancak istisnai koşullarda meşruiyet kazanabileceğini ve mevcut davada mülklerinin Hazine'ye devredilmesi nedeniyle başvuranlara hiçbir tazminat ödenilmediğini ifade etmiştir...”.

Hukuk Genel Kurulu bu kararından kısa bir süre sonra 16.06.2010 tarihinde, bu kararda benimsemiş olduğu ilkeleri tekrar eden bir karar daha vermiştir. 2010 tarihli kararına konu olayda da kişi adına kayıtlı taşınmazın satın alınması, bilahare Hazine'nin taşınmazın aslının orman olduğuna istinaden tapu iptal ve tescil talebinde bulunması söz konusudur. Yine Hukuk Genel Kurulu önüne öncelikli gelme sebebi yargı yolu uyuşmazlığıdır. Ancak önceki kararda yer verilen ilkeler bu kararda da tekrar edilmiştir. Bu kararda da AİHM kararlarına ve 2009 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararına yollama vardır. Şöyle ki, “... **Öncelikle, kadastro işlemlerinden doğan zararın, tapu sicilinin tutulmasından kaynaklanan zarar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin irdelenmesinde yarar vardır.** 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin “Sorumluluk “ kenar başlığını taşıyan 1007. maddesi; “Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder. Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür.” hükmünü içermektedir. Burada Devletin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumluluk tapu siciline bağlı çıkarların ve aynı hakların yanlış tescili sonucu değişmesi ya da yitirilmesi ile bu haklardan yoksun kalınması temeline dayanır. Çünkü sicillerin doğru tutulmasını üstlenen ve taahhüt eden Devlet, gerçeğe aykırı ve dayanaksız kayıtlardan doğan zararları da ödemekle yükümlüdür. Bu itibarla, kadastro görevlilerinin dayanaksız ya da gerçek hukuksal duruma uymayan kayıtlar düzenlemelerini ve taşınmazın niteliğinde yanlışlıklar yapmalarını da aynı kapsamda düşünmek gerekir...” “... **Tapu işlemleri**

kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK.'nın 1007.maddesi anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir...

Yer vermiş olduğumuz bu iki Hukuk Genel Kurulu kararı yüzölçümü yanlışlığına ilişkin değildir ancak bu kararlarla birlikte yüzölçümünün de belirlendiği kadastro süreci artık devletin sorumluluğu kapsamında kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması – yüzölçümü yanlışlığı sebebiyle tazminat istemine ilişkin olanlar da – kadastro sürecinden de devleti sorumlu tutmak biçiminde devam etmektedir. Örneğin, 20. Hukuk Dairesinin, söz konusu iki Hukuk Genel Kurulu kararına da yollama içeren ve yüzölçümünün azaltılmasından doğan zararın tazminine ilişkin kararında⁹⁸ şu ifadeler yer almaktadır: “...4721 Sayılı TMK'nın sorumluluk kenar başlığını taşıyan 1007. maddesinde, “*Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu eder.*” hükmü yer almakta olup, Hukuk Genel Kurulunun 16.06.2010 gün ve 2010/4 E. - 349/318 K. sayılı kararı uyarınca ***tapu işlemleri, kadastro tespiti işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden sıralı işlemler olup, tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK'nın 1007. maddesi anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir...***”. “...Somut olaya gelince, 11 parsel sayılı taşınmazın kadastro çalışmaları sırasında mükerrer olarak tespit ve tapuya tescil edilmesi sonucu, ***tapuya iyiniyetle güvenerek bu***

⁹⁸ 20. HD, 4.4.2019 T., 2016/13682 E., 2019/2343 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020). “... ***Davacıya ait parselin yüzölçümünün kadastro sırasında fazla miktarda olarak tespit edilip, bu haliyle tapuya tescil edilmesi ve sonrasında bu hatalı işlemin düzeltilmesi ile davacının tapulu parselin yüzölçümünün, parseli satın aldığı tarihe göre azaldığı anlaşılmaktadır. Şu hale göre, davacının zararının oluştuğu ve bu zararın tazminini TMK'nın 1007. maddesi uyarınca Devletten isteyebileceklerinin kabulü gerekir.*** Zira, az yukarıda da belirtildiği gibi tapu sicili kavramı geniş anlamda kadastro işlemlerini de kapsamaktadır. (HGK'nın ...2009 gün ve 2009/...-383 - 2009/517 ve ...06.2010 gün ve 2010/...-349 - 2010/318 Sayılı kararları da bu yöndedir) Ayrıca zarar, 3402 Sayılı Kadastro Kanununun 41. maddesi gereğince yapılan düzeltme işleminin kesinleşmesi ile doğacağından, zarar hesabının 41. madde uygulamasının kesinleştiği .../06/2010 tarihine göre yapılmalıdır...”. 20. HD, 26.6.2018 T., 2016/12016 E., 2018/4962 K. Aynı yönde farklı kararlar için bkz. 20. HD, 24.1.2019 T. 2018/1780 E., 2019/458 K.; 20. HD, 25.10.2018 T., 2018/2973 E., 2018/6829 K.; 20. HD, 18.9.2018 T., 2018/3982 E., 2018/5761 K.; 20. HD, 18.5.2016 T., 2015/12152 E., 2016/5851 K. (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 01.07.2020).

taşınmazı edinen davacıların, 22/2-a uygulaması ile mükerrerlik nedeniyle taşınmazın yüzölçümünün azaltılması ve 22/2-a uygulamasına itiraza ilişkin açtıkları davanın da reddedilerek kesinleşmesi sonucu oluşan zararlarından dolayı TMK'nın 1007. maddesi kapsamında Devletin kusursuz sorumluluğunun bulunduğu ve davacıların gerçek zararının karşılanması gerektiği kuşkusuzdur...".

Yargıtay, görüldüğü gibi, devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğu hususunda kanaatimizce isabetli olarak kadastro sürecini de artık tapu sicilinin tutulması koşulu altında değerlendirmektedir. Esasen tapu sicilinin tutulması sürecini kadastro aşamasından ayırıp bu aşamada devleti sorumlu tutmamanın kabul edilebilir bir gerekçesi olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan, Yargıtay'ın artık istikrar kazandığını düşündüğümüz bu uygulamasıyla, tapuya güven ilkesinin (TMK m. 1023) geçerli olmadığı, bir başka ifadeyle tapuya güvenin korunmadığı hallerde, boşa çıkan bu güvenden doğan zararın kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilmesi sağlanmaktadır. Bu noktada, AİHM tarafından verilen tazminat kararlarının etkili olduğu, bizatihi Yargıtay kararlarından da anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, içtihat değişikliği, kişilerin tam anlamıyla tapu kütüğüne güvenebilmelerini sağlamakta, bu yönüyle hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesine de yarar sağlamaktadır.

SONUÇ

Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan sorumlu olduğu ve bu sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olduğu tartışmasızdır. Kusursuz sorumluluk olması sebebiyle, kusur dışında, haksız fiilin diğer unsurlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, sorumluluğun kapsamını belirleyen ilk unsur "tapu sicilinin tutulması" kavramıdır. Ancak tapu sicilinin tutulması çerçevesindeki bir fiilin varlığı halinde diğer unsurların karşılanıp karşılanmadığına bakılacaktır.

Yargıtay, tapu sicilinin tutulması kavramını, tespit edebildiğimiz kadarıyla 2009 yılının sonlarına kadar dar yorumlamaktaydı. Tapu sicilinin oluşturulmasına kadar giden sürecin başlangıcını oluşturan kadastro aşamasını, sicil tutma kavramının dışında görmekte, buna bağlı olarak da devletin bu aşamadaki yanlışlıklardan dolayı sorumluluğunu kabul etmemekteydi. Bununla birlikte, kanaatimizce Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'sinin mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle vermiş olduğu kararların da etkisiyle içtihat değişikliğine gitmiştir. Artık istikrar kazandığını düşündüğümüz uygulaması *tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemlerini bir bütün olarak görme yönündedir.*

Spesifik olarak incelediğimiz yüzölçümü bilgisinin yanlışlığından devlet için bir sorumluluk doğması bu bilginin resmi bir ölçüme dayalı olarak kütüğe yazılmış olmasına bağlıdır. Bu ölçme faaliyeti de kural olarak kadastro sürecini gerekli kılmaktadır. İstisnai olarak kadastro sürecinin söz konusu olmadığı hallerde de, devletin sorumluluğunun doğması için bu bilginin resmi ölçüme istinaden kayda geçmiş olması gerekir.

Taşınmazın yüzölçümünün belirlenebilmesi ancak sınırlarının belirlenmesiyle mümkündür. Bu bağlamda yüzölçümü yanlışlığı, taşınmazın sınırında yanlışlık olmayıp sadece yüzölçümü bilgisinin yanlış olması biçiminde ortaya çıkabileceği gibi, taşınmazın sınırlarının yanlış tespit edilmiş olmasına bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Bu yanlışlık, ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın, bu yanlışlıkla uygun illiyet bağı içinde olan bir zararın doğması halinde devlet sorumlu olmalıdır. Ancak yanlışlığın düzeltilebilmesi imkânı olduğu müddetçe devlet için sorumluluk doğmaz. Yüzölçümü yanlışlıklarında düzeltme imkânı kanunlarda – özellikle kadastro kanununda – gösterilen itiraz süreçleri içinde ortaya çıkabilmektedir. Bundan başka, özellikle sınır değişikliğini gerektiren hallerde ortaya çıkan yüzölçümü yanlışlıklarında komşu taşınmaz malikine karşı dava açmak suretiyle zararın giderilmesi söz konusu olabilecektir. Zarar ancak onu giderebilecek bütün imkânların ortadan kalkmış olması halinde gerçekleşir. Düzeltme imkânının kullanıldığı durumlarda zarar ancak bu yolu kullanmak için yapılan masraflar olacaktır. Yargıtay da, zararın giderilmesinin artık imkân dâhilinde olması halinde devletin sorumluluğuna hükmetmektedir.

Kadaastro aşamasının tapu sicilinin tutulması çerçevesinde kabul edilmesi, yüzölçümü bilgisinin yanlışlığından doğan sorumluluğa ilişkin içtihatların da değişmesi sonucunu doğurmuştur. Zira yüzölçümü de kural olarak kadastro sürecinin sonunda belirlenip kütüğe kaydedilmektedir. Dolayısıyla yapılan tespitın yanlış olması, bu yanlışlığın düzeltilmesinin mümkün olması, bu yanlışlıkla uygun illiyet bağı içinde bir zararın ortaya çıkması halinde, Yargıtay, kanaatimizce isabetli olarak artık devletin bu zarardan sorumluluğunu kabul etmektedir. Bu uygulamanın, kişilerin tam anlamıyla tapuya güvenlerinin sağlanması için yerinde olduğu kanaatindeyiz.

BİBLİYOGRAFYA

- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Eşya Hukuku, C. IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Antalya**, Gökhan: Elektronik Tapu Sicili, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Cansel**, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964.
- Eren**, Fikret/**Başpınar**, Veysel: Toprak Hukuku, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Ertaş**, Şeref: “Tapu Sicilinin Yanlış Tutulmasından Doğan Zararlardan Hazinesinin Sorumluluğu” (Sorumluluk) , PROF. DR. TURHAN TUFAN YÜCE’YE ARMAĞAN, İzmir, 2001, s. 45-57.
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 11. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2014.
- Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Esmer**, Galip: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, 5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1990.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş 2.Bası, İstanbul, 1976.
- Görgeç**, Başak: “Devletin Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Sorumluluğu, Rücu Hakkı ve Tabi Olduğu Zamanaşımı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. CEVDET YAVUZ’A ARMAĞAN, C. I, Y. 2016, C.22, S. 3, s. 1185-1220.

- Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol:** Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- Gürsoy, Kemal Tahir:** Türk Eşya Hukukunda Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- Gürzumar, Osman Berat:** Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı ve Yap – İşlet – Devret Modeli Dahil, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- Güvenç, Fikret:** “Taşınmaz Satım Akdinde Satıcının Ölçüm Noksanlığı Nedeniyle Doğacak Tazminat Sorumluluğu”, İBD, S.1/2/3, C. 59, 1985, s. 135-137.
- İmamoğlu, M. Altuğ:** Tapu Sicili ve Tapu Sicilinin Tutulmasında Devletin Sorumluluğu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Kurt, Ekrem:** Tapu Sicilinin Düzeltilmesi, 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2004.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan:** Eşya Hukuku, 7. Baskı, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Özçelik, Barış:** Tapu Siciline Güvenin Korunması, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Özkaya, Eraslan:** Kadastro Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2007.
- Özmen, İhsan/Çorbalı, Halim:** 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, Ankara, 1995.
- Pekmez, Cüneyt:** Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu, 1. Baskı, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- Reisoğlu, Safa:** Eşya Hukuku, Zilyetlik – Tapu Sicili – Kadastro, “S” Yayınları, Ankara, 1984.
- Reisoğlu, Safa:** Uygulamada Kat Mülkiyeti, Ankara, 1976.
- Sapanoğlu, Süleyman:** Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Sarıaslan, Didem:** “Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2017 Kasım-Aralık (133), s. 393-422.
- Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halit Kemal:** Türk Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.

- Sirmen, Lale:** Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Sirmen, Lale:** Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu (Sorumluluk), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.
- Şengül, Mehmet:** Tapu Sicilinin Aleniyeti, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Tapu Sicili Uygulamaları:** Ankara, 2014, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yayını, Hazırlayan: Tapu Dairesi Başkanlığı.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla:** TEKİNAY Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik – Tapu Sicili – Mülkiyet, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel:** Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- Yakuppur, Sendi:** Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- Zevkliler, Aydın:** Gayrimenkul Sınır İhtilafları, Ankara, 1976.

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KK	: Kadastro Kanunu
KMK	: Kat Mülkiyeti Kanunu
m.	: Madde
m²	: Metrekare
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TST	: Tapu Sicil Tüzüğü
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yuk.	: Yukarıda

MODERN TOPLUMDA HUKUK DEVLETİ: SİYASAL MEŞRULAŞTIRMA ARACI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.897869>

Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM*

Öz

Hukuk, toplumsal düzenin sağlanmasına hizmet eder. Hukuk devleti ise burjuvanın ortaya çıktığı ve siyasal mücadele sonucunda kendi çıkarlarını korumak üzere seçtiği bir araç olarak temellenmiştir. Hukukun topluma yönelik koyduğu kurallar ve toplumda yaşayan bireylerin bu kuralları içselleştirip uygulama hâlleri farklı toplumsal düzenlere ait olan ancak genel ve aynı bir sürecin ifadesidir.

Modern toplumun içinde barındırdığı ayırt edici özellik, akılcı bireyi ön plana çıkarması ve o bireyin içinde bulunduğu toplumsal evrende özgürlüğü ile var olmasıdır. Bu özgürlük dinî inanca değil hukukun üstünlüğüne dayanmaktadır. Doğuşu ekonomik tabanlı olan modernizm, toplumsal yansımada da ekonomiden nasibini almış ve toplumun her alanına bu temelle nüfuz etmiştir. Modern toplumun geniş ve karmaşık dünyası normatif bir düzen inşasına ihtiyaç duymuş ve bunu da hukuk devleti ile gidermeye çalışmıştır.

Modern toplumda devletin arka plana geçmesi ve iktidarın onun yerini alması ile hukukun iktidar eliyle gerçekleşen ve devletin üzerinde bir unsur olması, hukuk devletinin modern toplumda siyasal meşruluğu sağlamanın önemli bir aracı olarak yorumlanmasına neden olmaktadır. Bu çalışma ile, bu yorumda etkili olan unsurlar incelenmeye ve değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Hukuk Devleti, Modern Toplum, Siyasal Meşruiyet, Politika, Kamusal Alan

* Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimleri ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Hukuk Bilimleri (e-posta: azim_2006@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7617-2429> (Makalenin Geliş Tarihi: 03.10.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 05.10.2020/Makale Kabul Tarihi: 28.12.2020)

STATE OF LAW IN MODERN SOCIETY: TOOL OF POLITICAL LEGITIMIZATION

Abstract

Law serves to maintain social order. The rule of law was based on the emergence of the bourgeoisie and as a means of protecting its own interests as a result of its political struggle. The rules laid down by law for society and the individuals living in society internalize and apply these rules are the expression of a general and in-kind process that belongs to different social order.

The distinctive feature of Modern society is that it brings the rational individual to the fore and that individual exists in the social universe in which he or she resides. This freedom is not based on religious belief but on the rule of law. Modernism, whose birth was based on economics, has also taken its share of Economics in its social reflection and has penetrated all areas of society with this basis. The vast and complex world of Modern society needed the construction of a normative order and sought to remedy this with the rule of law

In Modern society, the fact that the state takes the background and the power takes its place and that the law is an element over the state by the hand of power causes the state of law to be interpreted as an important means of ensuring political legitimacy in modern society. With this study, I tried to examine and evaluate the elements that are effective in this interpretation.

Keywords

Rule of Law, Modern Society, Political Legitimacy, Politics, Public Sphere

GİRİŞ

Geleneksel toplum tarıma dayanan, dinin etkisinin fazla olduğu, devletin otoriter bir biçimde yönetimi sağladığı toplumlardır. Hiyerarşinin etkin olduğu ancak eşitlik ve adaletin söz konusu olmadığı dönemde, üretim belirli şartlara bağlı iken ekonomi ise henüz gündemde olmayan bir olgudur. Toplumun kapalılığı, benzer rol dağılımları ve yönetime katılımın düşüklüğü geleneksel toplumların önemli özelliklerindedir¹.

Üretim alanında yaşanan değişimler büyük dönüşümlere yol açmış, aydınlanmanın gerçekleşmesi ile akli en önemli araç olan bireyin, ait olduğu topluluklardan bağıni kopararak özgürleşmesine yol açmıştır. Ekonominin gelişmesi, birçok alanda yarattığı dönüşümler sonucunda yeni sınıfların meydana gelmesi siyasal iktidarın yanında iktisadi bir iktidarın doğuşuna neden olmuştur. Bu iktisadi iktidarın topluma kendini “rıza” ile kabullendirmesi, birden fazla aracın kontrolünü elinde barındırması ve topluma her alanda nüfuz edebilme yetisine bağlı olarak gerçekleşmiştir.

Dinî kurumların bilginin kaynağı olduğu ve bireylerin cemaatler veya mensubu oldukları toplumlar ile sıkı sıkıya bağlı olan hayatlarından daha çatışmalı da olsa aklın, özgürlüğün, eşitliğin arandığı bir tarih dönemine geçiş yaşanmıştır. Bu geçişte toplumsal düzeni sağlayacak olan yegâne araç hukuk olarak seçilmiş ve hukuk devleti kavramı kendini göstermiştir.

Hukukun amacı adalete ulaşmak ve toplumsal ilişkileri adalet kavramı etrafında şekillendirip bireylerin ve toplumun ekseriyetinin vicdanlarına hükmedebilmektir. Hukuk toplumsal ilişkileri şekillendirirken uyuşmazlıkları da bu kapsamda çözüme ulaştırır, ulaşılan çözüm ve çözüme ilişkin değerlendirmeler ve gerekçelerin toplumun ekseriyeti tarafından benimsenmesi ve zor ya da baskı altında kalmadan rıza ile kabullenme ve uyulmayı sağlaması gerekir. Bu gerekliliğin hayata aktarılması ancak meşruiyet vasıtasıyla mümkün olabilir.

Hukuk devleti kurumsal yapısı ve kurallarıyla hukukun bu amacını sağlamaya yönelik en etkili düzenin ifadesidir. Bu sebeptendir ki hukuk devletinin tanımında konulan kurallara, kurallara tabi olanlar gibi kuralları koyanların da uyması zorunluluğu öngörülmekte, istenilmektedir. Bu husus hukuk devletinin gerekleri ile somutlaşır ve sonucunda hukuk devletinin adil bir kurallar bütünü oluşturan ve bunları hayata geçiren devlet olarak tanımlaması yapılmaktadır. Nitekim bu durum Anayasa Mahkemesi kararlarında

¹ **Topuzkanamış**, Engin: Hukuk ve Disiplin: Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, (Y. Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2013, s. 16.

ısrarlı ve istikrarlı bir şekilde dile getirilmekte ve ayrıca kanun koyucunun anayasa hükümleriyle birlikte hukukun evrensel kurallarına uyulması gerekliliğinin altı çizilmektedir.

Hukuk devleti sayesinde hukukun işlevleri olan eşitliğin, özgürlüğün, güvenliğin, toplumsal düzen ve barışın sağlanması gerçekleştirilebilmektedir. Hukuk devleti varlığının gerekliliği için demokrasi ve insan haklarıyla uyumluluğu bazen de eş anlamlılığı meşruiyetinin varlığından kaynaklanır. Hukuk devleti hukuk kurallarının yetkili organlar tarafından önceden bilinen usul ve esaslarla, toplumsal ve evrensel değerlerle uyumluluğu sayesinde meşruluğunu gerçekleştirir, sağlamlaştırır ve herkes tarafından direngenlik gösterilmeden uyulması sağlanır.

Meşruluk, hukuk kurallarını koyanların tercihlerinin kabul edilebilirliğinin ve kurallara itaat edilmesinin zeminini, temelini oluşturur. Meşruluk debisi yüksek kurallardan oluşan hukuk düzeni, hukuk devletinin varlığına vücut verir ve siyasi otoriteye itaati temin eder. Hukuk kurallarının kaynağının beşerleştirilmesi, hukukun laikleştirilmesi de hukuk kurallarına meşruiyet sağlama amacı ve gayretinin bir sonucudur. Hukuk kuralları çatışma hâlindeki bireysel çıkarlar arasında bir denge oluşturur, ayrıca hukuk kuralları oluşturulurken her zaman kamu yararının sağlanması amacı göz önünde bulundurulur ve öncelikli bir şekilde kuralların içeriğine yansıtılır. Hukuk devletinde hukuk kuralları normatif özelliğiyle birlikte meşruluk kaidesi üzerine inşa edilir.

Bu çalışmada hukuk devletinin modern toplumdaki siyasal meşruiyet işlevi konusunda etkin olan unsurlar incelenecek ve irdelenecektir. Bu unsurların etkisi ve hukuk devleti ile modern toplum arasındaki bağlam değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1. MODERN TOPLUM

Latince “şu an” anlamına gelen “modo” ifadesinden türetilen “modernus” sözcüğü “modern” kelimesinin kökenini oluşturur. Modern kelimesi anlam olarak; Hristiyanlık döneminin, paganizmin etkili olduğu dönemden daha farklı bir özellik taşıdığını vurgulamak için kullanılmıştır². Toplumu niteleyen “modern” kelimesi ise yine kendi içinde bir dönemin diğer dönemden karakter olarak farklılığını vurgulamak için bir araya gelmiştir³.

² **Önder Erol**, Pelin: “Modernite Projesinin Kökenleri Dinamikleri ve Sonu”, Sosyoloji Dergisi, Sayı: 33, (Mart 2016), s. 51.

³ **Özcan**, Mehmet Tevfik: Hukuk Sosyolojisine Giriş, 2. b., İstanbul, Set, 2003, s. 179.

Modern toplumun doğuşunu insanlık tarihinde yaşanan ekonomide ve üretimde meydana gelen dönüşümün bir getirisi olarak yorumlayabiliriz. Ancak ne kadar ekonomi temelinde yorumlansa da konum olarak Batı’da meydana gelen bu gelişim süreci, siyasi ve askerî alanlarda meydana gelen birtakım dönüşümleri de kapsamaktadır⁴.

Üretim alanında insan gücünden, ağır sabanın bulunması ve öküz, at gibi hayvanların bu aletle beraber üretim alanına geçmesi, askerî alanda feodal düzende step akıncılarına karşı oluşturulan şövalye birlikleri, feodalizmin içinde barındırdığı “karşılıklık” ilişkisi ve zamanla gelişen ticaret ile meydana gelen kent devletler modern toplumların çıkış tarihinde önem arz eden dönüşümler olarak işaret edilebilir⁵. Ticaretin yaygınlaşması ve gelişen kapitalizmin bir ifadesi özelliği taşıyan modernleşme, toplumsal sonuçları bakımından gruplandırılmak istenirse ilki yukarıda da bahsettiğimiz gibi Orta Çağ tarım ekonomisinde meydana gelen değişim yani erken modernlik, İkincisi Sanayi Devrimi ile gelen yüksek modernlik, üçüncüsü ise kapitalizmin giderek tekelleşmesi sonucu meydana gelen toplumsal formasyon olan kitle toplumdur⁶. Modernleşmenin temeli kapitalizm olarak görülmüş olsa da farklı temelleri olduğu konusundaki görüşler oldukça fazladır. Emile Durkheim için modernliğin temeli endüstrileşmeyken Max Weber için modernliğin temeli rasyonelleşmedir⁷.

Tönnies ise “Gemeinschaft und Gesellschaft” isimli eserinde modern toplumu, paranın toplumdaki bütün ilişkiler için belirleyici bir konumda olduğu, toplumun her kesimine nüfuz ettiği toplum şeklinde açıklamıştır⁸.

Ancak öncesinde de dikkat çektiğimiz gibi genel anlayış modern toplumun ortaya çıkmasını, kapitalizmin ortaya çıkması ve gelişmesinin bir getirisi olarak yorumlamaktadır. 10. ve 15. yüzyıllar arasında gelişen ticaret, 16. yüzyılda devletlerin en önemli odağı hâline gelmiş ve kapitalist ekonominin ortaya çıkışı kent merkezli ekonomik sistemden ulus merkezli ekonomik

⁴ **Atherton, Ian/Como, David.** The Burning of Edward Wightman: Puritanism, Prelacy and the Politics of Heresy in Early Modern England. *The English Historical Review*, Vol. 120, No. 489, (2005) s. 127.

⁵ **Sander, Oral:** *Siyasi Tarih İlk Çağlardan 1918’e*, 22. Baskı. Ankara İmge Kitabevi, 2015, s. 70-80.

⁶ **Özcan, Mehmet Tefrik:** *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, 2. Baskı. Ankara Tekin Yayınevi, 2017, s. 49.

⁷ **Swedberg, Richard:** *Max Weber ve İktisat Sosyolojisi Düşüncesi*, Çev.: Celal Burak Aydın, Dergah Yay., 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 100-109.

⁸ **Önder Erol**, s. 54-56.

sistemi meydana getirmiştir⁹. Bu konuda belirli bir tarih ve dönem işaret edilemeyeceğinden en sağlam bakış açısı Karl Marx'ın emeğin özgürleşmesi ve üretim araçları sahipliğinin üretimi örgütleyecek ve pazardan satın alınan iş gücüyle üretim yapacak bir birikim noktasından sonra başlayan kapitalist üretim biçimi anlayışı olacaktır. Bu bakış açısının kendini gösterdiği ve yine Marx'ın işaret ettiği yüzyıl ise 16. yüzyıl olmuştur. Ona göre kapitalizm, bu yüzyıldan sonra başlı başına kendini göstermiş ve toplumsal açıdan da yansıması, sosyal formasyon olarak karşılık bulmuştur¹⁰.

16. yüzyıla kadar kendini seyrek olarak gösteren makineleşme 17. ve 18. yüzyıllarda etki olarak kendini daha fazla göstermiştir. 19. yüzyılın ortalarına kadar süren ve enerjisi, demir, çelik, kömür, petrol ile ham madde olan bu dönemi “Makineleşme Çağı” olarak ifade eden Sander, dönemin ayırıcı özelliğini makine kullanımının yaygınlaşmasının getirisi olan fabrikaların kurulması ve fazlalaşması olarak işaret etmiştir. Emeğin ücret karşılığında satın alınması, enerji kaynağına ve ham maddeye ulaşan ülkelerin diğerlerinden daha hızlı gelişim ve dönüşüm göstermesi ile bunların getirilerinin hemen hemen her alanda bir yeniliği ve ilerlemeyi doğurması (demir yolları gibi) bahsi geçen döneme dair önemli ayrıntılardır¹¹.

Sanayi Devrimi sonucunda geçimini bu alandan sağlayan bir işçi sınıfının doğması ile iş gücünün ucuzlaması, kapitalist birikimin hızlanmasına yol açmıştır. 1839-1848 yılları arasındaki gelişmeler, özellikle de serbest rekabetin önünde engel teşkil eden yasaların yürürlükten kaldırılması, bundan sonraki gelişmelerin başlı başına bir yenilik ve toplumsal reformasyon olduğunu göstermiştir¹².

Yeni endüstriyel teknikler büyük çaplı girişimleri ve kentsel yerleşme biçimlerini ortaya çıkarmıştır. Küçük işletmelerin büyük yarışta kendilerine yer bulamamasından dolayı geniş çaplı girişimler, tröst ve karteller ekonomik sisteme hâkim olmuşlardır. Bu endüstrileşme döneminin doğrudan sonucu olarak işçilerinin fabrikalara toplanması ve fabrikaların kentsel alanlara yığılması ile kentsel alanlar kırsal alanları yutmaya başlamış, tıp bilimindeki gelişmeler ve artan nüfusu doyurmak adına girişilen gıda maddesi bulma çabalarının birleşimi sonucunda kitle toplumları ortaya çıkmıştır¹³.

⁹ Sander, s. 92.

¹⁰ Özcan, s. 56.

¹¹ Sander, s. 209-213.

¹² Özcan, s. 58.

¹³ Sander, s. 215.

Siyasi açıdan liberal ve demokratik ideolojilerin etkilerinin görüldüğü 16. yüzyıldan sonraki dönemde bu ideolojilere yandaş bulma konusunda zorlanılmamış ve siyasal alana bu ideolojiler hükmetmeye başlamıştır¹⁴.

Modern toplumun özelliklerini netleştirmek gerekirse; ekonomide yaşanan dönüşümün insan ilişkilerine yansımaları, nüfus artışı ve bu dönüşümün getiri olarak politik hayata yansımaları ile geleneksel toplumdaki kopuşun resmiyeti olan modernitenin ekonomik yanını kapitalizm, siyasi yanını liberal demokratik ideolojiler, felsefi yanını rasyonalizm ve empirizm, toplumsal yanını sınıflara ayrılmış bürokratik toplulukların ifade ettiği söylenebilmek¹⁵.

Modernliğin tanımlanması ve her yönü ile ortaya konulması teorisyenler tarafından incelenmiş ve eleştirilmiştir. Modernitenin gelişimine katkı sağlayan Endüstri Devrimi'nin meydana getirdiği dönüşüm ve düzensizlik değişimin olumsuz görülmesine neden olmuştur. Eleştiriler özellikle ortaya çıkan toplumsal sınıflar arasındaki bağımlılıkları ve müdahaleleri artırarak çatışma durumu yarattığı konusunda olmuştur¹⁶.

Bu eleştiriler devam ederken 20. yüzyılda modern toplumun karşısına postmodern toplum getirilmiş ve dünyanın bu yüzyıl için hangisine maruz kaldığı konusunda tartışmalar yaşanmıştır. Bir tarafta toplumun hâlâ modern olduğunu söyleyen Habermas, Giddens, Bauman, Castells varken diğer tarafta toplumun daha büyük dönüşümlere maruz kaldığını ve artık yaşanan dünyanın postmodernitenin etkisi altında olduğunu savunan Ferdinand de Saussure Baudrillard ve Lyotard gibi düşünürler vardır. Anthony Giddens modern toplum savunucuları arasında yer alır. Modern topluma dair analizleri açısından Giddens önemli bir teorisyendir¹⁷.

Anthony Giddens için modern toplumu var eden unsur, aslında ulus devlettir. Küreselleşmeyi, gelişen teknolojinin sonucunda meydana gelen, alternatif olmayan bir sonuç olarak gören Giddens için bu sonuç iki unsur ile ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri endüstriyel kapitalizm, diğeri ise ulus devlettir. Giddens küreselleşmede bu iki unsurun birbirine bağlı olduğunu savunur¹⁸.

¹⁴ **Erözden**, Ozan: Ulus-Devlet, Oniki Levha Yay, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 24.

¹⁵ **Topuzkanamış**, s. 16.

¹⁶ **Akıncı Çötök**, Nesrin: "Giddens Sosyolojisinde Toplumsal Dönüşümün Temel Kavramları ve Bağlantıları: Yapılanma, Modernite ve Küreselleşme", Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, (Haziran 2017), s. 197.

¹⁷ **Saygın**, Arda Umut: "Anthony Giddens'in Sosyolojisinde Modernliğin Boyutları", Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, (Aralık 2016), s. 70.

¹⁸ **Akıncı Çötök**, s. 200-201.

Küreselleşmeyi modernliğin bütün dünyaya yayılmasını sağlayan bir lokomotif olarak gören Giddens, onun önemli unsurlarından biri olan ulus devletin, geleneksel devletlerden farklı olarak toplumsal alandaki birçok unsuru üstlenmesi özelliğini öne çıkarır. Ulus devletlerin, şiddet araçları konusunda tekelleşmesi, kendi denetimi altında bulunan bireyler hakkında yaptırım ve bilgi sahibi olma, endüstri ve kapitalizmin gelişimini denetleme ve merkezden etkileme gibi yetkilere sahip oldukları konusuna dikkat çeker. Bu nedenler aslında “modernliğin kuramsal boyutları” isimli çalışmasının temelini oluşturur¹⁹.

Giddens için modernliğin dört kuramsal boyutu söz konusudur. Bunlar; toplumsal yaşamın bütün boyutlarının gözetlenmesi, kapitalizm, sanayicilik ve şiddet araçlarının merkezden denetimidir. Bu unsurlardan kısaca bahsetmek gerekirse; kapitalizm, emek sermaye ilişkileri etrafında mal üretimi odaklı olan sistemdir²⁰. Belli bir sınıf sisteminin ifadesi olan kapitalizmde iktidar ve iktisadi aklın siyasi iktidarı yönlendirmek gibi bir gücü mevcuttur²¹. Sanayicilik, mal üretmek için makinelerin kullanımına ilişkin bir ifade olsa da bu ifade aslında Giddens için yalnızca üretim alanına içkin değil iletişim, ulaşım gibi konularda da etkisi olan bir ifadedir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi modernliğin dönüştürücü gücünü Durkheim endüstri olarak açıklarken Marx kapitalizm olarak açıklamıştır. Giddens bu iki önemli unsuru ayrı ayrı büyük dönüştürücü güçler olarak ele almıştır²².

Diğer bir unsur ise ulus devlettir. Giddens ulus devlet için modernliğin en belirgin formu olduğu yorumunu yapar. Ulus devletin özellikleri yukarıda açıklanmıştı. Bir diğer unsur da gözetimdir. Gözetim ile toplumun bütünü siyasi iktidarın gözetimi altındadır. Bürokratik kurumlar, bünyesindeki çalışanları gözetimleri altında denetlemektedir. Gözetim ile bir diğer unsur olan her toplumda önem arz eden askerî güç de denetim mekanizmasının bir parçası hâline gelir. Bu güç modern toplumun denetim mekanizmasının temelini oluşturur²³.

Özetlemek gerekirse; Giddens için modern toplumun doğuşu belirtilen tarihî süreç içinde yaşanan ekonomik değişimin bir getirisi olmuştur. Kapitalizmin yayılımının beraberinde getirdiği endüstrileşme ve ulus devletlerin

¹⁹ Saygın, s. 73.

²⁰ Ökçesiz, Hayrettin: “Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998, s. 17.

²¹ Topuzkanamış, s. 15-16.

²² Saygın, s. 72.

²³ Topuzkanamış, s. 18-19.

yükselişi ile modern toplum bu üç dönüşümün kesiştiği ortak nokta olmuştur. Ulus devletin getirdiği çatışma ve savaş, sanayinin askerî alandaki gelişimi ile beraber askerî dünya düzenini meydana getirmiştir²⁴.

Zaman içinde yaşanan ekonomik dönüşüm ve meydana gelen devrimler, bireyi giderek özgürleştirirken geleneklerinden ayrılmasına ve daha çok akla dayalı, kendi etik yargılarına bağlı bir yaşama geçmesine sebep olmuştur. Ancak bu özgürlük, kitle toplumlarının ortaya çıkması ile bir denetim mekanizmasının varlığının gerekliliğini göstermiştir. Bu nedenle denetim, bireyin de üstünde iktidara içkin bir mekanizma olmalıdır. Hem bireylerin haklarını hem de bürokrasinin gücünü gerektirdiği ölçüde kullanmasını gözeten bu mekanizma hukuk eliyle gerçekleşmelidir. Bunun için de hukukun etki alanının büyütülmesi gereklidir²⁵.

1.1. Modern Toplumda Politika ve Hukuk

Modern devletin temelini sivil toplum oluşturur ve sivil toplumun da temeli bireydir. Bireyin diğer bireylerle önemli ve biricik bağı ise kişisel çıkarlarıdır. Kapitalizmin modern toplumdaki etkisi ve sivil toplumun doğuşundaki katkısı ile sivil toplum, neredeyse bir sınıf hareketi olarak ifade edilebilir²⁶.

Ulusal ekonomilerin gelişen iç ve dış koşulların etkisi ile fazla vermeleri ticari sınıfların gelişmesinde etkili olmuştur. Bu gelişen sınıfların özgürlükleri mülk edinme özgürlüğü, eşitlikleri ise yasalar önünde eşitlik olarak ifade bulmuştur. Sivil toplumun meydana gelmesinde Rönesans ve Reform'un önemli bir etkisi vardır²⁷.

Modern politik ahlakın ilk ortaya çıkışı önemli bir Rönesans adamı olan Machiavelli'ye yorulur. Machiavelli sadece gerçekte mevcut olana bakarak politikanın işleyiş şartlarını ahlaktan ve erdemden ayırır. Kişinin kendi çıkarlarını koruması için ahlaki ilkelerden uzak durması gerekir²⁸.

Politikanın kaynağını “güç” olarak işaret eden Machiavelli, doğal zorunlulukların da politikaya olan etkisine dikkat çekmiş ve insanlar arasındaki

²⁴ Akıncı Çötök, s. 204.

²⁵ Özcan, s. 75-76.

²⁶ Kapani, Münci: Politika Bilimine Giriş, BB101 Yay., 39. Baskı, Ankara 2015, s. 51.

²⁷ Karagöz, Betül: Mutlakiyetçi Devletten Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Dünya Sistemine: Sivil Uygarlığın Kurumsallaşma Süreci, (Y. Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi SBE, 2008, s. 712-715.

²⁸ Aral, Halide: “İç bütünlük Sorunu ve Modern Politik Ahlak”, Çankaya University Journal of Arts and Sciences, Cilt: 1, Sayı: 10, (Haziran 2008), s. 12.

ilişkilerin güce dayandığının, devletin insanlar eliyle var olan yapay bir kurum olduğunun altını çizmiştir. Yasaların fitratı gereği, tözsel bir erdemi veya iyiyi taşımayıp sadece bireyleri sınırlandıran ve onları belirli davranışlara yönlendiren insan ürünü olduğunu söylemiştir²⁹.

Geleneğin dayattığı gerçeklerin önüne yeni gerçekler süren Machiavelli'nin ardından politika ve ona dair bir alanın tanımlanması üzerine, bu kavram yeni fikirlerle beslenmeye başlanmıştır. Modern toplumda politikanın yeri ve anlamına dair yeni fikirler sunan teorisyenlerden biri de Carl Schmitt'tir³⁰.

Aslolan şeyin politik birlik olduğunu vurgulayan düşünüre göre bunun sağlanması konusunda etkili olan güç egemen devlettir. Schmitt'e göre politikanın tanımı kendisine özgü unsurlar yoluyla yapılabilir. Dost-düşman kavramları bu anlamda önem taşır. Bu ayrım ona göre kamu alanına özgüdür. Bu kamu alanı vurgusunun nedeni düşmanın özel alanda olduğu gibi "sevmemek" eylemi ile ilgili bir vurgu taşımadığını anlatmaktır. Buradaki düşman politiktir. Dost-düşman vurgusunun taşıdığı ayrım öldürmek ile birebir ilintilidir. Buradaki düşmanlık için asıl kaynak savaştır. Düşmanın kimliğine ilişkin verilen karar politiktir ve savaş da bu yolla gerçekleşir³¹.

Kişilerin kendi çıkarları ile bir diğer kişinin çıkarları ortak alanda karşılaştığında verilen dost-düşman kararı politiktir. Politika böyle bir çatışmadan doğmaktadır. Ancak bu çatışma, karar alma eylemini içinde barındırdığı için politika olma özelliğine ulaşır.

Modern dönemde Batı'da siyaset felsefesinde, siyaset ve sivil toplum ilişkileri muhafazakâr ve liberal görüşlerin karşıt ilişkisi içinde kurulmuştur. Liberaller için insan ilişkileri doğada kazanılan mülkiyete, yani ekonomik ilişkilere dayanır. Siyasetin görevi bireylerin ve mülklerinin güvenliğini sağlamaktır. Muhafazakârlara göre ise insan doğası gereği kötü olduğu için birtakım zorlamalara ve kısıtlamalara maruz bırakılmalıdır. Bu güç de politik alandadır.

Carl Schmitt için siyaseti temellendiren bu iki zıt görüş bir noktada buluşmaktadır. Bu da siyaseti devlete eşitleme noktasıdır. Modern toplumda gerçekleşen bu eşitleme durumu nedeniyle politikanın dışında başka bir alan

²⁹ **Satıcı**, Murat: "Ahlak-Politika İlişkisi Açısından Machiavelli'nin Politika Teorisi", FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 20, (Eylül 2015), s. 127.

³⁰ **Carl**, Schmitt: Siyasal İlahiyat, Çev.: A.Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yay., 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 15.

³¹ **Kardeş**, Murat Ertan: Carl Schmitt'in Politik Felsefesi Üzerine Bir İnceleme, (Y. Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi SBE, 2012, s. 62-66.

varmış görüntüsü oluşmuştur. Savaştan uzak bir toplumun kurulabileceği kitlesel bir dünya resmi çizilmiştir. Böylece siyaset, modern dünyada kendini politikanın kurallar alanından soyutlayarak ekonomik alanın oluşum sürecine kanalize olmuştur³².

Modern dönemde politika ortadan kaldırılmaya çalışılsa da toplumun o dönem öne çıkan alanlarına nüfuz etmiştir. Üstelik diğer dönemlere kıyasla modern dönem daha politiktir. Çünkü değişen zaman ve gelişen bir dünya ile beraber birey artık her şeyi olduğu gibi kabullenmek yerine daha fazla öngörülebilir, hesaplanabilir ve kendi çıkarlarına göre ayrılabilir bir hâlde değerlendirmektedir. Yani birey ne düşüneceği, ne giyeceği, neyi tercih edeceği konusunda daha fazla karar vermelidir. Daha önce de belirtildiği gibi karar verme eylemi politiktir. Daha önce savaşın doğmasına neden olan bu eylem, artık gündelik bir eylem biçimine dönüşmüştür.

Anlaşıldığı üzere modern toplum bireyin daha fazla öne çıktığı bir yapıdadır. Geleneksel toplumda bireylerin bağılıkları, mensup oldukları toplulukların zorunlu kıldığı bağılıklarken modern toplumlar bireyleri biricik kılmıştır. Birey artık hakların ve ödevlerin taşıyıcısı konumuna gelmiştir.³³ Modern dönemde her şeyin taşıyıcısı addedilen akıl, toplumun mevcut kötülüklerden arındırılması ve bireyin korunma hakkının da gerçekleşmesi için yegâne yol olarak görülüyordu. Akıl bunların gerçekleşmesini sağlamak için hukukun aracılığına ihtiyaç duydu.

Modern hukukun doğuşu ile hukuk tek bir mantıksal bütünlükle açıklanabilen bir araç hâline gelmiştir. Cicero bu durumu şöyle açıklamıştır: “Doğaya uygun olarak bütün insanlar için geçerli olan, aynı kalan ve değişmeden sonsuza dek süren gerçek bir yasa vardır, bu doğru, akıldır. Bu yasa, buyruklarıyla insanları ödevlerini yerine getirmeye iter, yasaklarıyla da onları hata işlemekten alıkoyar.” Bunun yanında hukukun tekliğinin bir başka nedeni de gelişen ve büyüyen kapitalizm ve onun getirdikleridir. Hukukun dönüşümü ise bireyin özerkliği ile doğrudan bağlantılı olmuştur. Bunun yanı sıra eşitlik ve adalet gibi kavramların toplumsal hayata yerleşmesi, ulus devletin getirileri ve en büyük getirisi olan vatandaşlık kavramı farklılıkların aynılık potasında erimesine neden olmuştur ve artık geçmiştaki

³² **Balci**, Mehmet Emin: “Carl Schmitt’in Değerlendirmeleri Doğrultusunda Modern Toplumda Siyaset-Siyaset Dışı İlişkisi”, *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 15, (Nisan 2013), s. 65-67.

³³ **Yüksel**, Mehmet: “Modern Toplumda Hukuk Kültürü”, *Journal of Yaşar University*, Sayı:8, (Haziran 2016), s. 3245-3246.

geniş alandan daha dar bir alana maruz bırakılan bir kamusal alan mevcuttur³⁴.

Modern hukuk toplumdaki çıkar çatışmalarının dengelendiği ve iktidar kavramının ortaya çıkması sonucu oluşmuştur. Modernleşme sürecinde tabii hukukun alanı daralmış ve iktidar eliyle belli bir düzen sağlamak amacıyla uygulanmış bir araç hâline gelmiştir. Yasaların içeriği artık kaynağını ah-laktan ve amacını ortak iyiye yönelme olarak belirlemekten ziyade liberal kapitalist toplum düzenini oluşturmak, bireylerin kuralların belirlediği sınırlar içinde kalmasını sağlamak olarak değişmiştir³⁵.

Devletin hukuki bir yapı olarak tanımlanma nedeni, yasayı tanımlayan ve uygulayan siyasi iktidarın bu yapı içinde varlık buluyor olmasıdır. Devletin elbette ki modern toplumda ilk tamamlayıcı karakteri ulus devlet olmasıdır. Ulus, hukuk yapma ve yasaların yaratımında söz sahibi olan meşruiyeti kendinden alan bir varlıktır ve modern devlet bu yapıya yaslanır. Devleti hukukun kendisi olarak gören Kelsen'a göre bunun nedeni, sahip olduğu temel unsurlar ve devlet ile arasındaki bağın hukuk ile kurulacak olması, halkının tek bir kurallar bütününe uymasını hukukla sağlaması, sahip olduğu toprağı hukuk eliyle saptayabilmesi, iktidarın faaliyetlerini hukukun çizdiği yola göre halkın ve devletin üzerinde uygulayabilmesi şeklinde açıklar³⁶.

1.2. Kamusal Alan

Habermas tarafından kapitalizm koşullarında var olan liberal demok-rasinin eleştirisi ve demokratik hayatın inşasında oldukça önemli bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. Habermas bu kavramı “radikal demokrasi” veya “modernlik projesinin demokrasi açısından yeniden kurulması” olarak isimlendirir³⁷.

Habermas'a göre modern kamusal alan, burjuva liberal kamusal alanının değişim sürecidir. 18. yüzyılda kamusalılık, siyasi görevleri olması ile beraber ebedi ve özgün bir özellik taşımaktadır. Bu bağlamda 18. yüzyıl burjuva kamusu, devlet gücünün kararlarını etkileyen, politik bir söylemi olan, kendi çıkarları ile toplumun çıkarlarını denk tutan, bunu talep olarak

³⁴ <http://hfsa-sempozyum.com/> Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, “Post Modern Dönem ve Hukuk”, (Erişim Tarihi:26 Mart 2020).

³⁵ **Topuzkanamış**, s. 181.

³⁶ **Caniklioğlu**, Meltem Dikmen: “Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, (Haziran 2008), s. 30-38.

³⁷ **Özbek**, Meral: Kamusal Alan, İstanbul Hil Yayınları, 2004, s. 26.

sunan bir kamusal topluluk hâlinindedir. Bu modern kamusal alanda uzlaşının anahtarı akıl ve bilimdir. Ahlaki, dinî savunuların bu alanda yeri yoktur. Bunların yanında en önemli özelliği evrenselliği hedefliyor olmasıdır³⁸.

Arendt kamusal alan ile ilgili Antik Yunan'daki özel alan ve kamusal alan ayrımından yola çıkarak ideal bir kamusal alan ayrımına gider. Modern toplumlarda iki alan arasındaki ayrımın giderek yok olduğunu ve kamusal alanı meydana getiren şartların ortadan kalktığını belirtir. Modern toplumda ailenin ve evin yerini ulusal devlet ve kendi ülkesi alırken evin yerini vatanının topraklarının mülkiyeti almıştır. Bu durumda özel alanın ve kamusal alanın çöküşünü getirmiştir³⁹.

Kamusallık, siyasal ve hukuksal meşruluğun ortak alanı olarak politika ve hukukun bütününe içinde barındıran bir kavramdır. Kamusallık modern toplumun kültürünün uygarlık koşullarında üretildiği sürecin her cephesi ile ilgilidir. Bu nedenle her cepheye göre ayrı bir yorum taşıyabilir⁴⁰.

Arendt ve Habermas'a göre modern dönemde kamusal alan yoktur. Ancak bu durumun aksine kamusal alanın başka bir formda ortaya çıktığına dair görüşler de vardır. Bu iki açıdan baktığımızda kamusal alana net ve ortak bir tanım bulmak epey zor olacaktı ve bu konuda bir ortaklığa varılamamıştır.

Modern toplumun en önemli ilkesi bireyin özgürlüğüdür. Bu özgürlük dışarıdan herhangi bir siyasal baskı olmamasının ifadesidir. Küçük mülk sahiplerinin toplumu ve liberalizmin kamusal alanı tanımlamadaki tutarlılığı kapitalist toplumda hem siyasal hem de hukuksal toplumsal sistemlerin bütünlük içinde kabullenilmesini sağlamıştır. Ancak bu sistem kapitalist birikim sürecinin sonucunda kitle toplumunun oluşması ile tarih dışı bir hâle gelmiştir. Kitle toplumunun getirdiği refah devleti ile tutarlı sistemler tarihe gömülmüştür. Kamusallık ise bu durumda politika tercihleri yönünde toplumsal öznelerin çatışmalı politikaya ilişkin iktidar uygulamaları ve muhalif istemlerin daha çatışmasız ve depolitikleştirilmiş bir iktidara veya kazanıma dönüştürülmesi çizgisini izlemiştir⁴¹.

³⁸ **Köroğlu**, Cemile Zehra: "Modern Kamusal Alana Eleştirel Yaklaşımlar: Genel Bir Değerlendirme (Postmodernizm, Feminizm ve Din)", *Turkish Studies*, Cilt: 9, Sayı: 5, (2013), s. 435-437.

³⁹ **Yılmaz**, Zafer: Hannah Arendt'te Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımı ve Modern Çağda Toplumsal Alan, (Y. Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi SBE, 2007, s. 105.

⁴⁰ **Özcan**, s. 113-114.

⁴¹ **Özcan**, s. 184-185.

2. HUKUK DEVLETİ

Hukuk devleti, yönetimi hukuka bağlı bir devlet biçimidir. Devlet, sadece hukuku yapan değil aynı zamanda ona bağlı olan bir varlıktır. İngiltere’de, 1689 yılında yaşanan Büyük Burjuva Devrimi ile mutlak monarşiden anayasal monarşiye geçilmesi, hukuk devletinin kurulmasının başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Sivil uygarlık süreci ile beliren Anglo-Sakson hukuk devleti olgusunun gelişmesine, 18. ve 19. yüzyılın Alman ekolü de büyük katkı sağlamıştır. Hukuk devleti olgusu, bugün de toplumun değişen ihtiyaçlarına göre sürekli gelişmektedir⁴².

Kökleri 1215 Magna Carta’ya dayanan bir geçmişe sahip olan hukuk devleti kavramını 1608’de İngiltere tahtına I. James olarak geçen IV. James’in krallığının başında Baş Yargıç Lord Coke’un bir olay üzerine itirazıyla başlamıştır. I. James ve kendisine eşlik eden soyluların oluşturduğu konvoy başkente yaklaşırken konvoyun arka tarafında cellatlar ve hırsızlardan oluşan bir grup insanı gören I. James güç gösterisi yaparak hırsızların hemen idam edilmesini ister. Buna karşılık yargıç Lord Coke kralın bu emrine karşı çıkıp “Kral insanlara değil Tanrıya ve hukuka tabidir.” diyerek yargısız infazın olmayacağını söylemiştir. Bu itiraz idamı engellemiş olmasa da en azından Lord Coke bu tanımıyla kralın bir tüzel kişi olması konusunun altını çizerek hukuki bir tanım yapmıştır⁴³.

Süreç içinde İngiltere’de Tudor ve Stuart Hanedanlıklarının mutlak monarklığı sürmüş ve mevcut parlamentonun gücü görmezden gelinmiştir. Ancak I. Charles dönemine gelindiğinde kral parlamentoya danışmadan İspanya ve Fransa’ya savaş ilan edip vergilerde artış yoluna gidince siyasi açıdan kriz kaçınılmaz hâle gelmiştir. Bunun ardından Haklar Bildirgesi’nin ilanı ile hukuk devletini besleyen ilkelerden birkaçı gündeme gelmiştir. Belki de bunlardan en önemlisi, kralın hukuki süreçten geçmeden kimseyi yargılayıp ceza veremeyecek olmasıdır. Bu bildiri üzerine kral parlamentoyu dağıtır ve parlamento geri adım atmadığı için bir bakanı idam eder. Kızıışan bu duruma karşılık Oliver Cromwell halktan meydana getirdiği bir orduyla krala karşı savaşıır. Parlamento bu sırada kralı vatana ihanetten yargılamaktadır. Sonuç olarak idam edilen kralın ardından İngiltere’de cumhuriyet ilan edilir. Cromwell’in ölümünün ardından başa geçen II. Charles eski monarşi düzenine döner ardından gelen oğlu da yine parlamentoyu yok sayan kararlar alır, ancak parlamento yine buna müsaade etmeyerek çetin bir mücadeleye

⁴² Karagöz, s. 44-45.

⁴³ Özcan, s. 194.

girer. Bu gelişmeler sonucunda kralın ülkeden kaçması üzerine parlamento, 1689 yılında Haklar Yasası'nı ilan eder ve bu tarihten sonra hiçbir kral bu yasaların üzerine çıkamayacaktır⁴⁴.

Genel olarak tarihsel sürece bakıldığında, çıkış noktası, egemeninin sınırlandırılma aracı olmak olan hukuk devleti, İngiltere'de kişilerin değil hukukun hâkimiyeti mottosuyla yer alırken Almanya'da idarenin keyfi eylemlerinin hâkim olduğu polis, devletin zıddını ifade etmek için kullanılmıştır. Fransa hukuk devleti kavramını, Almanya'dan alıp İhtilal'den sonra kattığı unsurlarla beslerken İkinci Dünya Savaşı'nın ardından artık kavram hukuki metinlere taşınmıştır. 1980 sonrası küreselleşmeye başlayan kavram siyasi literatürde zorunlu bir söylem hâline gelmiştir.

Düşünsel alanda modern hukuk devleti kavramının ilk hâlinin Kant tarafından şekillendiği söylenmektedir. Kant'a göre, devletin adil davranabilmesi için hukuka uygun olarak düzenlenmesi ve hukuka uygun hareket eden toplumsal bir kuruluş olarak hareket etmesi gerekir. Bu ideallerin hukuk devleti etrafında kesin olarak benimsenmesi 19. yüzyılda gerçekleşmiştir. Muhafazakâr ve liberal devlet teorisyenlerinde dahi yankısını bulan hukuk devleti, 19. yüzyılın ortalarında uygulama olarak da kendini göstermiştir. Güçler ayrımı, temel hakların korunması, idarenin sorumluluğu kavramlarının öne çıkması bu konuda örnek olarak gösterilebilir⁴⁵. Anglo-Sakson temeline dayanan hukukun üstünlüğü kavramı özgür bireye dayanmaktadır. Anglo-Sakson ekolüne dayalı felsefi görüşe göre birey, kendi kendine hükmetmeyi ve başka hükümdara ihtiyaç duymamayı öngörmektedir. Bu görüşün temeli modern devletin kurucularından Thomas Hobbes ve John Locke'a dayanmaktadır. Bu yaklaşım birey karşısında devletin nasıl, neye ve kime dayanarak kısıtlanması gerektiğine açıklık getirmektedir⁴⁶.

Teoride Bodin, Hobbes, Rousseau tarafından geliştirilen klasik egemenlik anlayışı modern toplumun ortaya çıkışı ile birlikte eleştirilmeye başlanmıştır. Egemenliğin mutlaklığı ve sınırsızlığı anlayışı ile modern devletin getirileri çatışma durumu göstermiştir. Çünkü modern devlet insan hakları, bireysel özgürlük ve demokrasi gibi kavramları içinde barındıran bir

⁴⁴ **Ökçesiz**, s. 15.

⁴⁵ **Huber**, Ernst Rudolf: "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", Çevirmen: ANSAY, Tuğrul, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, (Eylül 1970), s. 29-30.

⁴⁶ **Yaylalı**, Mustafa: "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, Cilt: 23, Sayı: 9192, (Aralık 2018), s. 97.

düzendir⁴⁷. Modern devlet sisteminin amacı bu unsurları korumaktan ibarettir. Buna dayanarak Locke, insanlığın üç en temel hakkı olduğunu savunur. Bunlar yaşam hakkı, mülkiyet hakkı ve özgürlüktür. Locke'un burada vurgulamak istediği, bireyin devlete karşı özgür bir varlık olması ve devletin de bireyin var olma hakkı, yani mülkiyeti üzerindeki hâkimiyetini hiçbir şekilde kısıtlayamaması ve elinden alamamasıdır. Bu yaklaşım modern hukukun ve A.V. Dicey'in hukukun üstünlüğü kavramının temelidir⁴⁸.

Hukuk devleti ideali bakımından daha çok prosedürler üzerinde yoğunlaşan Dicey, hukuk devletinin üç anlamı olduğunu söyler. Bunlardan ilki devlet yönetiminin kendisine tanıdığı ayrıcalıklara, mutlaklığa ve keyfililiğine engel olan hukukun üstün ve mutlak hâkimiyeti, ikincisi herkesin mahkemelerde ve yasalar önünde eşit olması, üçüncüsü ise anayasa hukukunun bir hakkın kaynağı değil bir hakkın sonucu olduğu ilkesidir⁴⁹.

Özcan'a göre hukuk devleti, kapitalizmin geliştiği bir ortamda kurumlaşmıştır. Ancak bu kurumlaştığı ortamın siyasal deneyimine ve hukuk kültürüne göre gerçekleşmiştir.⁵⁰ Yani hukuk devleti konusunda ulusal deneyimlerinin sonucu olarak ülkelere göre farklılıklar bulunabilir. Bu olsa bile hukuk devleti varlığını güvenceye alan, toplumun yapısında mevcut olan her şeyi anayasaya, siyasi uyuma ve hukuk sisteminin temel taşlarına dayandırılan belirli ölçütlere bağlı hâle getirebilir. Bu nedenle hukuk devleti kendi içinde, yargının başta olduğu hukuk ve politika arasında bulunan denge durumundaki "status quo"dur. Hukuk devletinin başlangıcı liberal toplumda ve refah devletinde görüldüğü üzere yasama güçlerinin yeniden yerleştirilmesi ile kitle toplumunun demokratikleşmesine uzanmıştır⁵¹.

Tarihsel açıdan incelendiğinde liberalizmin bir getirisi olan hukuk devleti "insan hakları", "bireyin özgürlüğü" gibi kavramlarla pekiştirilmeye çalışılsa da uygulamada Batı'da burjuvazinin konumunu sağlamlaştırmak, mülkiyet hakkını güvence altına almak ve devamlılığını sağlamak gibi bir işleve sahiptir. Bu nedenle Yıldam'a göre hukuk devleti düşüncesi ne kadar "eşitlik", "özgürlük" gibi ideallerden hareketle meydana gelmiş olsa da son iki yüzyılın pratiğinde kapitalizmin eşitlikçi yapısının şatafatlı örtüsü ol-

⁴⁷ **Özkul**, Fatih: "Ulusal İrade ve Hukuk Devleti", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 94, (Mayıs 2011), s. 54.

⁴⁸ **Yaylalı**, s. 99.

⁴⁹ **Aktaş**, Sururi: "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı:1, (Şubat 2020), s. 12.

⁵⁰ **Özcan**, Mehmet: "Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit Mi Gerçek Mi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 71, Sayı: 1, (Ağustos 2013), s. 967.

⁵¹ **Özcan**, (2013), s. 996.

maktan öteye geçememiştir. Son olarak Yıldam, “demokrasi”, “insan hakları” ve “hukuk devleti” gibi kavramların iktidar ilişkilerinde araç olarak kullanılabilen kavramlar olduğu konusuna dikkat çekmiştir⁵².

Hukuk devletinin modern anlamına bakacak olursak, anayasa yapmada toplumun kendisinden beklediği istekleri formüle edebilen bir sistemdir. Günümüzde hukuk devletinden beklenen, anayasa yapma araçlarını, bireye saygının oluşmasını, devletin tarafsızlığını, bununla beraber genel hukukun oluşturulmasındaki gerekleri formüle edebilmesi ve olabilecek tehlikeleri ve riskleri hesaplayabilmesidir. Elbette bu konuda toplumsal eşitsizlikler dikkat çeken ve önemli bir problemdir. Marksistler bu eşitsizliğin mevcudiyetini, anayasal hukuk devletinin tarafsızlığını ve hukuki olarak eşitlik formülünü etkisiz bırakması olarak görmektedir. Liberaller için ise, bu eşitsizliklerin varlığı, hukuk devletinin dengesini bozmaz, aksine daha önemli hâle getirmektedir. Gerek siyasi gerek toplumsal diğer olgular da olduğu gibi hukuk devleti olgusu da kopyalanmak yerine uyarlanmak ve dönüştürülme yoluyla gelişimine devam etmektedir⁵³.

Hukukun tanımına ilişkin düşünceler, aslında bir ölçüde kendi hukuk devleti ideallerini de tanımlamaktadırlar. Pozitivist hukuk teorisyenleri daha biçimsel hukuk devleti ideallerinden yana tavır alırken doğal hukuk anlayışından hareket eden teorisyenler, biçimselliğe ek olarak içeriksel birtakım koşulların varlığını hukuk devleti için gerekli görmektedirler⁵⁴.

2.1. Biçimsel Hukuk Devleti

Hukuk devleti anlayışı Anglo-Amerikan geleneğinin hukukun egemenliği anlayışına oldukça yakındır. Hukuk devleti daha önce de değinildiği gibi liberal düşüncenin bir yansıması olarak, polis devleti yapısına tepki olarak ve hukuk devleti prosedürlerine göre hareket eden bir devlet anlayışının temsili olarak ortaya çıkmıştır⁵⁵.

Prosedürel olarak da adı geçen biçimsel hukuk devleti teorisine göre, hukuk devletinin etkin olabilmesi için içerdiği kuralları ahlaki bir süzgeçten geçirmeden kuralların ve yasama, yürütme, yargı güçlerinin belirli şartlara tabi olması gereklidir. Uyuşmazlıkların önceden belirlenen mahkemelerde

⁵² Yıldam, Zeki: “Hukuk Devleti Nedir?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:86, Sayı: 2, (Mart 2012), s. 155.

⁵³ Karagöz, s. 73-74.

⁵⁴ Aktaş, s. 25.

⁵⁵ www.genchukukcular.org Genç Hukukçular, “Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti”, (Erişim Tarihi: 26 Mart 2020).

görülmesi, mahkemelerin önceden belirlenen usulleri izlemesi gereği, hukuk devleti anlayışının yargıya dönük prosedürel ilkelerindedir⁵⁶.

Pozitivist düşüncenin gelişimi ile hukuku bir bilim hâline dönüştürmeyi hedefleyen teorisyenler bunu en az matematik kadar kesin hâle getirmeyi amaçlamışlardır. Jullius Stahl'e göre hukuk devleti, devletin oluşumunda hukukun büyük payının olmasıdır. Bu bakış açısıyla biçimsel hukuk devletin önünü açar, bundan sonra hukuk devleti idarenin de sorumlu tutulup kurallara bağlı kalmak mecburiyetinde olduğu ve yargılanabileceği bir devlet olarak anlaşılır⁵⁷.

Biçimsel anlamda hukuk devletinin ilk özelliği kurallarla yönetilmektir. İkincisi ise bu kuralların belirli biçimsel özellikler taşımasının gerekliliğidir. Hukuk devletinin bu özellikleri ile örtüşen fikirlere sahip olan Hayek'e göre, özgür bir ülkeyi keyfi bir yönetimden ayıran en büyük özellik, özgür ülkenin sahip olduğu hukuk kurallarına uygun hareket etmesidir. Hayek'in yaptığı hukuk devleti tanımı da bu düşüncelerin ışığında devletin bütün eylem ve işlemlerinin önceden belirlenmiş kurallara uygun yapıldığı devlettir⁵⁸.

Biçimsel hukuk devletinin en sistematik ve zirve hâli "Saf Hukuk Teorisi"dir. Hans Kelsen bu teorisi ile hukuk düzeni ve devlet düzenini birbirine eşitlemiştir. Ona göre hukuk ve devlet farklı şeyler değildir. Zaten hukuk ve devleti birleştirmesindeki amaç hangisinin daha önce geldiği tartışmalarına engel olmaktadır. Kelsen'in öncüllük ettiği bu kuram biçimsel hukuk devletinin en net ifadesidir⁵⁹.

Biçimsel hukuk devletindeki önemli bir diğer konu da demokrasi konusudur. Habermas'a göre hukuk devleti ile demokrasi arasındaki ilişki bir rastlantı değil zorunluluktur. Ancak demokrasi varsa hukuk devleti de vardır, anlayışı yanlış olur. Çünkü demokrasi biçimsel hukuk devletinin niteliklerinin güvencesini sağlayabilir ancak zorunlu olarak onu garanti edemez⁶⁰.

Hukuk devletinin zaman içinde biçimsellik ile yorumlanması bazı sorunlara yol açmıştır. Bu nedenle tıpkı Anglo-Amerikan gelenekteki gibi bazı "maddi" aşılama yollarına gidilmiştir⁶¹.

⁵⁶ Aktaş, s. 9.

⁵⁷ www.genchukukcular.org Genç Hukukçular, "Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti", (Erişim Tarihi: 26 Mart 2020).

⁵⁸ Aktaş, s. 17.

⁵⁹ www.genchukukcular.org Genç Hukukçular, "Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti", (Erişim Tarihi: 26 Mart 2020).

⁶⁰ Aktaş, s. 20.

⁶¹ www.genchukukcular.org Genç Hukukçular, "Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti", (Erişim Tarihi: 26 Mart 2020).

2.2. Maddi Hukuk Devleti

Maddi hukuk devleti pozitivist bakış açısı hukuki anlamda terk edilerek belirli değerlere göre hukukun benimsenmesidir. Doktrinde bazı yazarlar bu hukuk devletinin şartlarının insan haklarına dayanmasını savunurken bazıları insan onurunu, bazıları kamu yararını, bazıları ise sosyalliği ele almıştır⁶².

Tarihî tecrübeler dikkate alınarak söylenebilir ki olağanüstü hâllerde devletin bireylere sağladığı şekli bazı kolaylıklar ve güvenceler bizzat kanunlar eliyle askıya alınabilmektedir. Kanunların adalet terazisi olmadığı ve insan onuruna yönelik hassasiyet taşımadığı konusunda eleştiren bireyler ise devlet karşıtı olarak görülmektedir. Hâl böyleyken hukuk devletinin maddi içeriğinin devreye girmesi adalet ve insan onuruna yönelik niteliği olmayan kanunun hukuki açıdan bir değerinin olmadığını gösterir⁶³.

Maddi anlamda hukuk devletini savunanların bir kısmı, sosyal adalet idealini, hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olarak görürler. Bu düşünce açısından sosyal haklar olmaksızın klasik haklar realitede çok şey ifade etmezler. Hukuk devleti asıl anlamını, sosyal haklarla pekiştirilmiş hukuk düzeninde bulur. Bu yaklaşım, maddi anlamda hukuk devletinin zengin bir içerikle kavramsallaştırılması anlamına gelir⁶⁴.

3. MODERN TOPLUM VE HUKUK DEVLETİ

Kapitalist ekonominin gelişmesinin getirdiği toplumsal dönüşümlerle gelişim toplumsal yapı ile ortaya çıkmıştır. Modern toplumda hukuk, toplumsal düzenin temel unsuru hâline gelmiştir. Bunun en önemli nedeni, siyasal zorlamanın yerini ekonomik iktidarın almasıdır. Paranın toplumda güç olarak kullanımını da gayrişahsi hâle getirmek ve kurumlaştırmayı sağlayacak tek unsur hukuktur. Artı değer kavramının ortaya çıkışı ve onun bir getirisi olan herkesin eşitliği ve aynı özgürlüğe tabi olması durumları modern öncesi dönemin denetleme mekanizması olan dinsel kurumlar eliyle gerçekleştiremeyecektir. Çünkü bu kapitalizmin denkleştirici adalet ilkesiyle uyumsuzdur. Bu koşullarda prosedürel hukuk devleti kaçınılmazdır⁶⁵.

Hukuk devleti kavramı modern çağa özgü bir kavramdır. Modern toplumda hukuk devletinin getirdiği bireysel hakların tanınması, mülkiyet hakkı, yaşama hakkı gibi güvenceler ne kadar bütün bireylere özgü gibi

⁶² Aktaş, s. 21.

⁶³ www.genchukukcular.org Genç Hukukçular, “Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti”, (Erişim Tarihi: 26 Mart 2020).

⁶⁴ Aktaş, s. 23.

⁶⁵ Özcan, s. 363.

dursa da burjuvazinin gücüne güç katmıştır. Halkın bir etkisinin olmadığı Sanayi Devrimi burjuvanın karşısında yeni bir sınıf ortaya çıkarmış ve bu sınıf ile burjuvazinin kurduğu hukuk devleti içinde sosyalist çatlaklar oluşmaya başlamıştır. Sanayi Devrimi'ni mümkün kılan hukuk devleti, mülkiyet hakkını yasalara taşıırken mülk edinme sürecinde hukukun biçimsel bir unsur olarak öne çıkmasını sağlamıştır⁶⁶.

Hukukun insan isteklerinin karşılık bulduğu bir sistem olarak davranması ve bu sistemin dıştan gelen isteklerin olumsuzluk koşullarında tepki verme kapasitesinin sürekli olarak yeniden uyarlanması gerektirir. Örneğin prosedürle sınırlarda liberal olarak işleyen hukuk devletinde 19. yüzyılda çalışan sınıflardan gelen istekleri karşılayamaması ve bu konunun toplumsal düzeni sağlamada politika alanında büyüyen emekçi sınıf kaynaklı problemlerden dolayı hukuk düzeni aşama aşama sarsılmıştır. Buna liberalizmin ile sermayenin yoğunlaşması ve merkezîleşmesiyle yeni koşulların beraberinde gelişi de eklenirse hukuk devleti modelinin prosedürle/prosedürel olanı aşırıp maddi hukuku içinde toplamasının nasıl gerçekleştiği kavranmış olur.

Hukuk devleti kapitalist topluma ilişkin bir modeldir ve iki taraflı bir belirlenimciliğin ürünüdür. İlki kapitalizmin emeği ücretli hâle getirmesinin altında kaçınılmaz olarak liberal özgürlüğe maruz bırakılması, böylece dinin devreden çıkıp araç olarak hukukun kullanımının zorunlu hâle gelmesi, ikincisi ise bireylerin özgürleşmesinin ardından isteklerinin sistem içerisindeki ifadesi politikanın, siyasi uzaklaşma hâli olan hukuk üzerinden yapılması ile hukuk devleti modelinin kendiliğinden kabul edilir hâle gelmesidir⁶⁷.

SONUÇ

Modern toplum rasyonelliğin ve aklın hukuk üzerinden kendini gerçekleştirdiği bir toplum düzenidir. Modern toplumda hukuk ve toplum arasındaki ilişkide hukuk, kendini toplumsal norm aracı olarak gösterse de aslında iktidarın aracı konumundadır. Modern toplumda hâkim olan kapitalist üretim ilişkilerinin üzerinde olan siyasi iktidarın aslında arka planında iktisadi iktidar bulunmaktadır. Modern toplumda iktidarın bu denli ağırlığı olması, toplumun her alanında kurulan ilişkilerde kendini farklı şekillerde göstermektedir.

Tarihsel açıdan baktığımızda sabanın bulunmasından dünya savaşları dönemlerine değin gelişen koşullar temelini ekonomiden alan bir toplumsal

⁶⁶ Waldron, Jeremy: The Law, London, New York Routledge, 1990, pp. 41-43.

⁶⁷ Özcan, s. 362.

dönüşüm resmi sergilemiştir. Gelenekselden kopup modernliğe evrilen bu resimde hukuk devleti çeşitli dönüşümlere maruz kalmış ama önemli bir ihtiyaç ve güç olma özelliğini kaybetmemiştir. Modern toplumda kendini daha çok siyasalın meşruluğunun sağlanmasının dayanağı olarak gösteren hukuk devleti bunun yanında insana ve onun sahip olduğu hakların öne çıkması ve korunması konusunda önemli sonuçların da alınmasına olanak sağlamıştır.

Hukuk devleti hukukun görece özerk olduğu bir toplumda işlemektedir. Hukukun evrenselliği ve objektifliği ile bireyin sahip olduğu hakları koruma konusundaki etkisi ortadır. Hukukun politikanın ve iktidarın üzerinde, onları alaşağı edecek bir gücü yoktur ve tarihsel süreçte de görüldüğü gibi iktidarın ve iktidar eliyle atananların yönetiminde dengeleyici bir unsur olarak görevini yerine getirmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Erözden**, Ozan: Ulus-Devlet, Oniki Levha Yay., 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Kapani**, Münci: Politika Bilimine Giriş, BB101 Yay., 39. Baskı, Ankara 2015.
- Ökçesiz**, Hayrettin: “Hukuk Devleti”, Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998.
- Özbek**, Meral: Kamusal Alan, İstanbul Hil Yayınları, 2004.
- Özcan**, Mehmet Tevfik: Hukuk Sosyolojisine Giriş, 2. b., İstanbul, Set, 2003.
- Özcan**, Mehmet Tevfik: Modern Toplum ve Hukuk Devleti, 2. Baskı. Ankara Tekin Yayınevi, 2017.
- Sander**, Oral: Siyasi Tarih İlk Çağlardan 1918’e, 22. Baskı. Ankara İmge Kitabevi, 2015.
- Schmitt**, Carl: Siyasal İlahiyat, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost Kitabevi Yay., 3. Baskı, Ankara, 2010, s.15.
- Swedberg**, Richard: Max Weber ve İktisat Sosyolojisi Düşüncesi, Çev.: Celal Burak Aydın, Dergah Yay., 1. Baskı, İstanbul 2019.
- Waldron**, Jeremy: The Law, London, New York Routledge, 1990.

Makaleler

- Akıncı Çötök**, Nesrin: “Giddens Sosyolojisinde Toplumsal Dönüşümün Temel Kavramları ve Bağlantılar: Yapılanma, Modernite ve Küreselleşme”, Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi, Cilt:3, Sayı:5, (Haziran 2017), s. 189-207.
- Atherton**, Ian/Como, David: The Burning of Edward Wightman: Puritanism, Prelacy and the Politics of Heresy in Early Modern England. The English Historical Review, Vol. 120, No. (2005) 489, s. 1215-1250.
- Aktaş**, Sururi: “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı: 1, (Şubat 2020), s. 1-32.
- Aral**, Halide: “İçbütünlük Sorunu ve Modern Politik Ahlak”, Çankaya University Journal of Arts and Sciences, Cilt:1, Sayı:10, (Haziran 2008), s. 11-17.

- Balcı**, Mehmet Emin: “Carl Schmitt’in Değerlendirmeleri Doğrultusunda Modern Toplumda Siyaset-Siyaset Dışı İlişkisi”, FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 15, (Nisan 2013), s. 59-70.
- Caniklioğlu**, Meltem Dikmen: “Hukuk Devletinde Siyasal İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1, (Haziran 2008), s. 9-58.
- Huber**, Ernst Rudolf: “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, Çevirmen: Tuğrul ANSAY, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 3, (Eylül 1970), s. 27-51.
- Köroğlu**, Cemile Zehra: “Modern Kamusal Alana Eleştirel Yaklaşımlar: Genel Bir Değerlendirme (Postmodernizm, Feminizm ve Din)”, Turkish Studies, Cilt: 9, Sayı: 5, (2013), s. 432-452.
- Önder Erol**, Pelin: “Modernite Projesinin Kökenleri Dinamikleri ve Sonu”, Sosyoloji Dergisi, Sayı: 33, (Mart 2016), s. 49-66.
- Özcan**, Mehmet: “Küreselleşme Sonrası Hukuk Devleti: Mit Mi Gerçek Mi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, (Ağustos 2013), s. 963-1002.
- Özkul**, Fatih: “Ulusal İrade ve Hukuk Devleti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 94, (Mayıs 2011), s. 33-68.
- Satıcı**, Murat: “Ahlak-Politika İlişkisi Açısından Machiavelli’nin Politika Teorisi”, FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 20, (Eylül 2015), s. 113-130.
- Saygın**, Arda Umut: “Anthony Giddens’in Sosyolojisinde Modernliğin Boyutları”, Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, (Aralık 2016), s. 69-80.
- Yaylalı**, Mustafa: “Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen”, Liberal Düşünce Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 9192, (Aralık 2018), s. 95-111.
- Yıldam**, Zeki: “Hukuk Devleti Nedir?”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:86, Sayı: 2, (Mart 2012), s. 152-162.
- Yüksel**, Mehmet: “Modern Toplumda Hukuk Kültürü”, Journal of Yaşar University, Sayı:8, (Haziran 2016), s. 3239-3261.

Tezler

- Topuzkanamış**, Engin: Hukuk ve Disiplin: Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, Y. Doktora Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi SBE), 2013.

Karagöz, Betül: Mutlakiyetçi Devletten Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Dünya Sistemine: Sivil Uygarlığın Kurumsallaşma Süreci, Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi SBE), 2008.

Kardeş, Murat Ertan: Carl Schmitt'in Politik Felsefesi Üzerine Bir İnceleme, Doktora Tezi (İstanbul Üniversitesi SBE), 2012.

Yılmaz, Zafer. Hannah Arendt'te Özel Alan- Kamusal Alan Ayrımı ve Modern Çağda Toplumsal Alan, Doktora Tezi (Atatürk Üniversitesi SBE), 2007.

Web Siteleri

<http://hfsa-sempozyum.com/> Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, "Post Modern Dönem ve Hukuk", (Erişim Tarihi:26 Mart 2020).

www.genchukukcular.org Genç Hukukçular, "Siyasal Örgütlenmenin Vazgeçilmez Referans Kavramı: Hukuk Devleti", (Erişim Tarihi: 26 Mart 2020).

İNANÇLI İŞLEMLERDE EL VE İŞBİRLİĞİ İLE HAREKET KAVRAMI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.897875>

Dr. Öğr. Üyesi Nalan KAHVECİ*

Öz

İnançlı işlem kurumu, Türk-İsviçre Hukukunda kanunla düzenlenmiş olmayıp, doktrin ve uygulama tarafından geliştirilmiştir. Bir taşınmazın inanca olarak devrinde inanılan kişi taşınmazın gerçekten malikidir. Bu sebeple inanılan kişinin -inanılan ile aralarında yapılan inanca anlaşmasına aykırı olarak taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, yapılan devir üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasından bağımsız olarak geçerlidir. Bununla birlikte Yargıtay'ın, taşınmazı devralan üçüncü kişi, inanılan ile el ve işbirliği içinde hareket etmekteyse, inanılan taşınmazı devralan üçüncü kişiye karşı da tapu iptal tescil davası açabileceğine ilişkin yerleşik içtihatları mevcuttur.

Yargıtay bu içtihatlarında, hukuki dayanak olarak TMK.m.1023 hükmünü veya muvazaayı göstermekte; bazı kararlarında ise el ve işbirliği ile hareket kavramının hem TMK.m.1023 hem de muvazaaya dayandığını ifade etmektedir. Ancak borç ilişkisinin nisbiliği ilkesinin bir sonucu olarak böyle bir durumda TMK.m.1023 hükmünün uygulama alanı bulunmamaktadır.

Çalışmamızda Yargıtay'ın inanca işlemlerdeki el ve işbirliği içinde hareket kavramının hukuki dayanağı olarak muvazaa ve ahlaka aykırı davranışla kasten zarar verme inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İnançlı işlem, El ve işbirliği ile hareket, TMK.m.1023, Borç ilişkisinin nisbiliği, Ahlaka aykırı davranışla kasten zarar verme

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: nalankahveci@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0831-7518> (Makalenin Geliş Tarihi: 08.02.2021) (Makale Gönderilme Tarihi: 10.02.2021/ Makale Kabul Tarihi: 23.02.2021)

THE CONCEPT OF COOPERATION IN ACTION IN FIDUCIARY TRANSACTION

Abstract

The fiduciary transaction is not regulated by law in Turkish-Swiss Law, but has been developed by doctrine and practice. A person believed in the transfer of an immovable by fiduciary transaction is the real owner of the immovable. For this reason, in the event that the believed transfers the immovable to a third party, contrary to the fiduciary transaction made with the believer, the transfer is valid regardless of whether the third party is in good faith or not. In addition, the Court of Cassation has established case-law that if the third person who assignments the immovable acts in cooperation with the believed, the believer can also file the lawsuit for rectification illegal registration in the land registry against the third person who assigned the immovable.

The Court of Cassation in its decisions indicates the provision of TCC.art.1023 or simulation as the legal basis; in some of its decisions, it states that the concept of action by cooperation is based on both TCC.art.1023 and simulation. However, as a result of the principle the relativity of obligations, in such a case, the provision of TCC.art.1023 does not apply.

In our study, simulation and willful harm by immoral manner will be the subject of investigation as the legal basis of the concept of cooperation in fiduciary transaction of the Court of Cassation.

Keywords

Fiduciary Transaction, Act in cooperation, TCC.art.1023, The relativity of obligations, Willful harm by immoral manner

I. GİRİŞ

İnançlı işlem, inanan kişinin malvarlığına dahil bir hakkı, belli bir amaçla inanılana devrettiği, inanılanın da söz konusu hakkı, amacın gerçekleşmesinden sonra tekrar inananı devretmekle yükümlü olduğu bir borç ilişkisidir. Çalışmamızın konusu, taşınmazların inanca olarak inanılan kişiye devredildiği, inanılan kişinin de taşınmazı üçüncü kişiye devrettiği uyumsuzluklardır.

İnançlı işlemlerde taşınmazın mülkiyeti ciddi olarak inanılan kişiye devredilmektedir. Bir diğer ifadeyle taşınmazın inanca devri durumunda inanılan kişi o taşınmazın gerçek anlamda maliki olmaktadır. Gerçi inanılan kişi, inanca anlaşması ile taşınmazı anlaşmadaki amaca uygun kullanma ve belirli olayların gerçekleşmesiyle taşınmazı inananı devretme konusunda bir yükümlülük altına girmiştir ama inanca anlaşması yalnızca inanan ve inanılan arasında sonuç doğuran nisbi bir borç ilişkisi niteliğindedir. Bu sebeple inanılan kişi taşınmazı inanca anlaşmasına aykırı olarak üçüncü bir kişiye devrederse, söz konusu devir -ehliyetsizlik, şekil eksikliği gibi başka sebeplerle geçersiz olmadıkça- geçerli olacak ve devralan üçüncü kişi, taşınmazın mülkiyetini kazanacaktır. Böyle bir durumda mülkiyet gerçek malikten devraldığı için, mülkiyeti devralan kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın devralan kişiye geçer. Zira TMK.m.1023'e göre, yalnızca yolsuz tesvilenin varlığı halinde, mülkiyeti kazanan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığı hususu önem taşır. Ancak inanca işlemi olduğu hallerde bir yolsuz tesvilden söz etmek mümkün değildir.

Bununla birlikte Yargıtay, konuya ilişkin kararlarında taşınmazı inanılan kişiden devralan üçüncü kişinin, devreden kişi ile el ve işbirliği içinde hareket etmesi durumunda, taşınmaz mülkiyetini davacıya devretme yükümlülüğünün dayanağı olarak TMK.m.1023 hükmünü göstermekte; bazı kararlarında da işlemin muvazaalı olup olmadığını incelemesi gerektiğine işaret etmektedir.

Çalışmamızda Yargıtay'ın söz konusu kararlarındaki el ve işbirliği içinde hareket kavramının hukuki dayanağı inceleme konusu yapılacaktır. Bu inceleme yapılırken inanca işlemlere ilişkin genel açıklamalar yapıldıktan sonra inanılan kişinin yaptığı tapu devirlerinin hangi şartlarda geçerlilik koşullarını taşıdığı üzerinde durulacak, daha sonra inanılan kişiden

tapuyu devralan kişiye karşı açılan davanın hukuki dayanağı belirlenmeye çalışılacaktır¹.

II. İNANÇLI İŞLEMLERE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

A. İnançlı İşlemin Tanımı ve Türleri

İnançlı işlem, inanan kişinin malvarlığına dâhil bir hakkı, borcuna teminat teşkil etmesi veya yönetilmesi amacıyla inanılana devrettiği, inanılanın da söz konusu malı veya hakkı tekrar inananı devretmekle yükümlü olduğu bir işlemdir. İnançlı işlemde amaç, aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmaktır. Kişi borcu için teminat vermek veya malın yönetimi için temsil yetkisi vermek yerine söz konusu mal veya hakkı inanılan kişiye devretmektedir. Dolayısıyla inancılı işlemde izlenen amaç ile kullanılan araç arasında açık bir oransızlık mevcuttur².

İnançlı işlemler saf inancılı işlemler ve karma inancılı işlemler olmak üzere ikiye ayrılır. Saf inancılı işlemler, inananın yararına yapılan, bir diğer ifadeyle inanan kişinin çıkarının üstün tutulduğu işlemlerdir. Örneğin bir malvarlığının yönetilmek üzere veya bir alacağın tahsil edilmek üzere inanılan kişiye devredildiği inancılı işlemler böyledir³.

Karma inancılı işlemlerde, inananın menfaatinin yanı sıra inanılan kişinin menfaati de önem taşır. Karma inancılı işlemin başlıca örneği mülkiyetin

¹ Yargıtay kararlarında bu dava, tapu iptal tescil davası olarak ifade edilmektedir. Çalışmamızda ise TMK.m.1025 kapsamında açılacak dava bakımından tapu sicilinin düzeltilmesi davası, TMK.m.716'ya dayanarak açılacak dava bakımından tescile zorlama davası terimleri kullanılacaktır.

² **Wiegand**, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art. 18, No. 140 vd.; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 11. Baskı, Fakülteler Yayınevi, İzmir 2014, No. 1283; **Güvenç**, Özgür: Taşınmazların İnançlı İşlemler Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 26-27; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 5. Basıdan tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, § 35, No. 37; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, No. 1447; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, No. 423; **Sirmen**, Lale: Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 326; **Topuz**, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 177.

³ **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, No. 1131; **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 544.

teminat amacıyla devridir⁴. Böyle bir durumda borçlu, borcu için teminat göstermek yerine malın mülkiyetini inaçlı olarak alacaklıya devretmektedir. Bu devir, hem kredi sağlayan inanan kişinin, hem de alacağı için daha güçlü bir teminat elde eden inanılan kişinin çıkarlarına uygun dűşmektedir⁵.

Yargıtay kararlarında taşınmazın, bankadan kredi kullanmak amacıyla devrinin de inaçlı işlem olduğu belirtilmektedir. Burada kredi kullanmak isteyen taşınmaz maliki, taşınmazını inanılan kişiye devretmekte ve inanılan kişi de bankadan kredi kullanmaktadır. İnanılan kişi tarafından bankadan alınan kredinin geri ödemesi tarafların aralarındaki anlaşmaya bağlı olarak inanan kişi tarafından yapılmakta, ödeme bitince de taşınmaz inanılan kişi tarafından inanan kişiye devredilmektedir. Burada da teminat amaçlı yapılmış bir inaçlı temlik söz konusudur⁶.

Bu noktada inaçlı işlemler ile nam-ı müstear arasındaki ilişkiye de kısaca değinmek yerinde olur. Nam-ı müstear (Arkadaki kişi), vekalet vere-

⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, C.I, § 35, No. 37; **Topuz**, s. 179-180; **Yarg. 1. HD, 13.7.2011 T., E.2011/3863, K. 2011/3863**: “Mahkemece, dava konusu taşınmazın davacının aldığı borcun teminatı olarak davalı M. 'ye temlik edildiği benimsenmiş, ancak davalı H. 'nin iyiniyetinin aksinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle verilen ret kararı Dairece, iyiniyet araştırması yönünden bozulmuş; bozmaya uyularak tamamlanan yargılama sonunda davalı H. 'nin taşınmazı iyiniyetle edindiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. - Ne var ki, bozma sonrasında dinlenen tanık anlatımlarından, davalı H. 'nin de davalı M. ile el ve işbirliği içerisinde hareket ettiği, bu durum karşısında TMK. 'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı açıkça anlaşıldığına göre, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken,...” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 28.01.2021)

⁵ **Eren**, No.1131; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 35, No. 42.

⁶ **Yarg. 1. HD, 11.02.2019 T., E.2016/3865, K.2019/824**: “Davacılar, bankalardan adlarına kredi kullanamamalarından dolayı para temin edebilmek maksadıyla kendisini Avukat olarak tanıtın dava dışı ... ile anlaştıklarını, kredi temini için maliki oldukları 721 parsel sayılı taşınmazdaki 6 nolu bağımsız bölümiü bedelsiz olarak H. 'ye devrettiklerini, onun da kredi kullanamaması üzerine kredi temini amacıyla bu kez de dava dışı... 'a devredildiğini taşınmazı geri istediklerinde tarafların anlaşmaya uymadıkları, çekişmeli taşınmazı el ve işbirliği içerisinde oldukları davalı ... 'e devredildiğini öğrendiklerini davalının kötü niyetli olduğunu ileri sürerek taşınmazların tapu kaydının iptali ile adlarına tesciline karar verilmesini istemişlerdir.....-... davacılarından A. tarafından davalının hesabına kredi taksiti açıklamasıyla aylık yapılan ödemelere ilişkin temlik tarihinden sonraki döneme ilişkin dekontlar ve çekişmeli taşınmazın kısa süreli birbirini takip eden akitle devredilmiş olması bir arada değerlendirildiğinde davalının ara maliklerle el ve işbirliği içinde hareket ettiği, başka bir deyişle taşınmazı iktisabında iyiniyetli olmadığı ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı sonucuna varılmaktadır.” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 28.01.2021)

nin adını gizleyerek, kendi adına fakat bir başkası (vekalet veren) hesabına hareket eden kişi olarak tanımlanabilir⁷. Saf inançlı işlemler, doğrudan inanan ile inanılan arasında gerçekleşebileceği gibi, arkadaki kişi bir diğer ifadeyle nam-ı müstear aracılığıyla da gerçekleştirilebilir. Buna göre taşınmazın doğrudan inanan tarafından inanılan kişiye devredilmesi inançlı işlem niteliğinde olduğu gibi, taşınmazın inanan kişiden değil de üçüncü kişiden edinildiği işlemler de nam-ı müstear aracılığıyla yapılmış inançlı işlemdir⁸. Malvarlığının inanılan kişi adına fakat inanan kişi hesabına edinildiği bu tür işlemlerde inanılan, inananın dolaylı temsilcisi durumundadır. Doktrinde nam-ı müstear aracılığıyla yapılan inançlı işleme örnek olarak şu durum verilmektedir: (A), (S)'nin taşınmazını satın almak istemekte fakat çeşitli sebeplerle adının bilinmesini istememektedir, Bu sebeple (A) ile (V) taşınmazın, (V) tarafından (A) hesabına alınması konusunda bir anlaşma yaparlar. Taşınmaz satım sözleşmesi (S) ile (V) arasında akdedilir ve taşınmaz (V) adına tescil edilir. Bununla birlikte (V), (A) ile yaptıkları anlaşma gereği taşınmazı (A)'ya devretmekle yükümlüdür. (V) devir borcunu yerine getirmezse (A), TBK.m.508/I hükmü gereğince taşınmazın kendi adına tescili için dava açabilir (TMK.m.716/I)⁹.

⁷ Nam-ı müstear kavramı için bkz. **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2014, s. 1229 vd.; Hukukumuzda nam-ı müstear deyimine gerek olmadığı, bu durumda dolaylı temsil kurumunun uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1460; **Yarg. İBK, 5.2.1947 T., E.1945/20, K. 1947/6** (www.kazanci.com) (Erişim T.: 16.2.2021); **Yarg. İBK, 7.10.1953 T., E. 1953/8, K. 1953/7** (www.kazanci.com) (Erişim T.: 16.2.2021).

⁸ **Yarg. 14. HD, 10.7.2012 T., E. 2012/4641, K. 2012/9370**: “*Davacılar, damatları olan davalı adına kayıtlınumaralı meskenin, inanç sözleşmesine dayalı olarak tapu kaydının iptali ile davacılar adına tescilini ayrıca dava dilekçesine ekli listede belirtilen ev eşyalarının davacılar için olduğu tespit ve aynen tazminini istemişlerdir.....-.....Davacılar tarafından, dava konusu taşınmazın önceki kayıt maliki S.S.....Yapı Kooperatifine ödenmek üzere, taşınmaz bedeli olarak davalı olan damatlarına yapılan ödemeler nedeniyle hesaplamalara ilişkin 5 sayfalık “notlar” dosyaya ibraz edilmiştir. Bu belgelerde taraflar arasında “Euro” üzerinden para alış-verişinin bulunduğu ve “.....”, “eski borç” şeklinde ibarelerin yazılı olduğu görülmektedir. - Her ne kadar davalı, yazılı delil başlangıcı niteliğindeki belgelerdeki paraların davacılar tarafından kendisine “döviz bozdurmak için” verildiğini belirtmiş ise de bu durum hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Davalının bu şekildeki sözleri ayrıca tevli yolu ikrar niteliğindedir.” (www.kazanci.com) (Erişim T.: 16.2.2021)*

⁹ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, C.I, § 35, No. 60 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1468; **Sirmen**, s. 329; Nam-ı müstear ilişkisi, inançlı işlem şeklinde olabileceği gibi muvazaalı da olabilir. (S)'nin (A) ile (V) arasındaki dolaylı temsil ilişkisini bildiği halde nam-ı müstear ilişkisinin muvazaalı olarak kurulması söz konusu olur. Çünkü alıcı

B. İnançlı İşlemin Unsurları

İnançlı işlemler inanç anlaşması ve inançlı devir işlemi olmak üzere iki ayrı unsurdan oluşur.

İnanç sözleşmesi hakkın devrinin hukuki sebebini oluşturan ve tarafların karşılıklı borçlarını düzenleyen bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere inanç anlaşmasının, iki ayrı fonksiyonu vardır. Devrin hukuki sebebini oluşturmak kurucu, tarafların borçlarını düzenlemek ise sınırlayıcı ve bozucu fonksiyon olarak ifade edilmektedir. İnançlı devrin hukuki sebebini inanç anlaşması oluşturur. Bir diğer ifadeyle taşınmazın inanılana devrinin hukuki sebebi, inanan ve inanılan arasında akdedilen inanç anlaşmasıdır¹⁰.

İnanç anlaşması, devrin hukuki sebebini teşkil etmesinin yanı sıra, inanılan kişinin devredilen taşınmazdan hangi sınırlar içinde yararlanabileceğini ve taşınmazı hangi durumda inanılan kişiye iade edeceğini düzenlemektedir.

İnançlı devir işlemi ise, hakkın inanılan kişiye geçmesini sağlayan tasarruf işlemidir. Taşınmazlarda bu işlem tescildir. Tescil talebinde bulunan taraf, inanç anlaşmasındaki inanan taraf olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Örneğin inanç anlaşması gereğince taşınmazın inanılan tarafından üçüncü bir kişiden edinilmesinde durum bu şekildedir¹¹. Ancak bu durumda da inanç anlaşması inanan ve inanılan kişi arasında yapılmış olmakta, taşınmazın belirli koşulların gerçekleşmesi sonucunda inanan kişiye devri kararlaştırılmaktadır.

(A), satıcı (S) ile satışın kendi aralarında gerçekleşmesi için anlaşmış ancak satıcı (S) ile vekil (V) arasında yapılan görünüşteki satış, (S) ile (A) arasındaki gerçek satış gizlemek için kullanılmıştır. Bu durumda hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre görünürdeki işlem muvazaa sebebiyle, inançlı işlem resmi şekilde yapılmaması sebebiyle geçersizdir, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, C.I, § 35, No. 61; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1466. Bir diğer görüşe göre bu durumda dolaylı temsili içeren inançlı bir vekalet ilişkisi mevcuttur ve bu ilişki gereğince (V), taşınmazı (A)'ya devir borcu altındadır. Satıcının bu durumu bilmesi de durumu değiştirmeyecektir. Bu sebeple A mülkiyeti devir borcunu yerine getirmeyen (V) aleyhine TBK.m.508/1'e dayanarak mülkiyetin kendi adına tescili için dava açabilir (TMK. m.716/I), bkz. **Tandoğan**, C.II, s. 565-566; Bu yönde **Yarg. HGK, 17.5.2000 T., E.2000/2-888, K.2000/885** (www.sinerji.com) (Erişim T.: 16.2.2021)

¹⁰ **BSK OR I-Wiegand**, Art. 18, No. 141 vd.; **Eren**, No. 1133; **Güvenç**, s. 76 vd.; **Tandoğan**, C.II, s. 546.

¹¹ Ayrıca bkz. **Güvenç**, s. 87.

C. İnanç Anlaşmasının Hukuki Niteliği

Türk-İsviçre Hukuk mevzuatında inançlı işlem kavramı düzenlenmiş değildir. İnançlı işlemler, uygulamada gelişen ve doktrin tarafından tanımlanan hukuki işlemler niteliğinde olup kendisine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme¹² niteliğindedir. Böylece saf inançlı işlemlerde vekalet sözleşmesi hükümlerinin; karma inançlı işlemlerde de vekalet ve rehin sözleşmesine ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve kıyas yoluyla uygulanabilmesi söz konusu olacaktır¹³.

İnanç anlaşmalarının hukuki niteliğine ilişkin olarak önem taşıyan bir diğer husus, inanç anlaşmasının mülkiyeti devir borcu doğuran borçlandırıcı işlem niteliğinde olmasıdır. Esasen eşya hukuku kuralları gereğince tapulu

¹² **Eren**, No. 1136; **Kocayusufpaşaoğlu**, C.I, § 35, No. 43; **Oktay-Özdemir**, Saibe: “Yargıtay’ın MK.m.1023’ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C.I: Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), Editörler: Prof. Dr. Tufan Ögüz/Prof. Dr. Baki İlkey Engin, İstanbul 2017, s. 199-223, s. 216; **Topuz**, s. 180; OR. Art. 394/II ve bu hükmün aynısı olan önceki Borçlar Kanunu’nun 386/II hükmüne göre, “*Diğer aktitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olur.*” Doktrinde bu düzenlemeden yola çıkan ve hakim görüşten ayrılan bir görüşe göre, iş sözleşmeleri alanında atipik sözleşme olamaz; dolayısıyla bütün işgörme sözleşmeleri, vekalet sözleşmesi niteliğindedir, bkz. **Gautschi**, Georg: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band/Nr. VI/2/3, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967, Vorbem. zu Art. 363-379, No. 7; Bu konudaki hakim görüş ise önceki Borçlar Kanununun 386/II hükmünün, işgörme sözleşmelerinde atipik sözleşmelerin akdedilmesine engel teşkil etmeyeceği yönündedir, bkz. **Fellmann**, Walter: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band/Nr. VI/2/4, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 394, No. 293 vd.; **Tandoğan**, II, s. 360; s. 384 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1160 vd.; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 502/II hükmünde “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” düzenlemesi getirilmiştir. Bu çerçevede Türk Hukukunda Önceki Borçlar Kanunu dönemi açısından söz konusu olabilecek, inanç anlaşmasının vekalet sözleşmesi mi yoksa kendisine özgü sözleşme niteliğinde mi olduğuna ilişkin tartışmanın, Türk hukuku açısından ortadan kalkmış olduğunu söylemek mümkündür, bkz. **Güvenç**, s. 82; Ayrıca bkz. **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 124; Kendisine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler hakkında bkz. **Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 23 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 29 vd.

¹³ **Tandoğan**, C.II, s. 545-546; İnanç anlaşmasının vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda vekaletle ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması gerekir.

taşınmazların hukuki sebebini oluşturan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerekir. Ancak Yargıtay kararlarıyla oluşturulan uygulamanın sonucu olarak inanç anlaşmalarının geçerliliği herhangi bir şekilde tabi değildir. İnanç anlaşmaları, tapuda açıkça hukuki sebep olarak görünmemekle birlikte, Yargıtay tarafından 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na dayanılarak mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme olarak geçerli kabul edilmektedir. Ayrıca yine söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereği inanç ilişkisinin sözleşme taraflarınca ispatı, yazılı şekilde tabidir¹⁴.

III. İNANÇLI İŞLEMİN HUKUKİ SONUÇLARI

Taşınmazın inançlı olarak devri durumunda iki hukuki sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlardan ilki, taşınmaz mülkiyetinin inanılan kişiye geçmesidir. İnançlı devir işleminin yapılması ile inanılan, taşınmazın gerçek anlamda maliki olmaktadır. İnançlı işlemin bir diğer sonucu, inanılan kişinin söz konusu taşınmazın mülkiyetini, belirli olayların gerçekleşmesi durumunda inanan kişiye devretmekle yükümlü olmasıdır. Bu yükümlülük, inanç anlaşmasından doğan ve kural olarak yalnızca inanılan kişinin sorumlu olduğu bir yükümlülüktür.

A. Mülkiyetin İnanılan Kişiye Geçmesi

Taşınmaz mülkiyetinin geçerli bir şekilde devredilebilmesi için, taşınmazın maliki veya yetkilendirdiği kişi tarafından geçerli bir hukuki sebebe dayanarak bir tescil talebinde bulunulmalı ve bu talep üzerine tescil işlemi yapılmış olmalıdır. İnançlı işlemde de mülkiyet, bu koşulların gerçekleşmesiyle birlikte inanılan kişiye geçmektedir.

¹⁴ **Yarg. 14. HD, 01.07.2020 T., E. 2019/3939, K. 2020/4255:** “İnanç sözleşmesi, 5.2.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır. Açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, taraflar arasındaki uyumsuzluğun tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun yukuuna delalet edecek karşı tarafın elinden çıkmış (inanılan tarafından el ile yazılmış fakat imzalanmamış olan bir senet veya mektup, daktilo veya bilgisayarla yazılmış olmakla birlikte inanılanın parafını taşıyan belge, usulüne uygun onanmamış parmak izli veya mühürlü senetler gibi) “Delil başlangıcı” niteliğinde bir belge varsa 6100 sayılı HMK’nun 202.maddesi uyarınca inanç sözleşmesi “Tanık” dahil her türlü delille ispat edilebilir.” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 26.1.2021); **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1455-1456; **Oktay-Özdemir**, s. 216.

1. Taşınmaz Mülkiyetinin Edinilmesinde Geçerlilik Koşulları

Taşınmaz mülkiyetinin edinilmesi türleri doktrinde ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. İlk ayırım aslen kazanma ve devren kazanma¹⁵; ikinci ayırım tescille kazanma ve tescilsiz kazanmadır. Son ayrıma ilişkin olarak taşınmaz hukukunda geçerli olan genel kural taşınmazların tescille kazanılmasıdır (TMK.m.705/I). Ancak istisnai bazı hallerde taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılır (TMK.m.705/II). Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı hallerde tescil açıklayıcı niteliktedir¹⁶. Bizim inceleme konumuz olan kazanma ise, taşınmaz mülkiyetinin devren ve tescille kazanılmasıdır.

Tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde bir aynı hakkın geçerli bir biçimde kazanılabilmesi, bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu koşullar, tasarruf yetkisinin varlığı, yazılı bir tescil talebi ve geçerli bir hukuki sebebin bulunmasıdır¹⁷.

Tescil işleminin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için gerekli olan koşullardan biri, tescil talebinde bulunan kişinin tasarruf yetkisine sahip olmasıdır (TMK.m.1015-1016). Tescil işlemi, bir tasarruf işlemi olduğu için yalnızca üzerinde tasarrufta bulunulacak hakkın sahibi, o hakla ilgili olarak tescil talebinde bulunabilir. Bu sebeple tescil talebinde¹⁸ bulunacak kişi taşınmazın malikidir (TMK.m.1013/I ve TST.m.17). Dolayısıyla tescil talebi, aynı hak üzerinde tasarrufa yetkili olan kişi tarafından yapılmamışsa, yapılan

¹⁵ Aslen kazanma, bir taşınmaz üzerinde önceki malikin hakkından bağımsız olarak bir aynı hak elde edilmesidir. Sahipsiz taşınmazların işgali, kamulaştırma, cebri müzayede ve kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması aslen kazanmadır. Devren kazanma bir kişinin, mülkiyet hakkını önceki malikin mülkiyet hakkına dayanarak, önceki malikten devren elde ettiği durumlarda söz konusu olur. Devren kazanma, satış, bağışlama gibi bir hukuki işlemde kaynaklanmış olabileceği gibi mirasta olduğu gibi bir hukuki olaydan da kaynaklanabilir, bkz. **Ertaş**, No. 1237 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1381 vd.

¹⁶ **Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Eşya Hukuku, C.IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, No. 2712; **Ertaş**, No. 1241; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1388; **Rey**, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und Das Eigentum, Band 1, 3. Aufl., Staempfli Verlag AG, Bern 2007, No. 1322; **Topuz**, s. 122 vd.

¹⁷ **Akıpek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2018, s. 288 vd.; **Antalya/Topuz**, No. 2713 vd.; **Ertaş**, No. 703 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 661; **Rey**, No. 1330 vd.; **Schmid**, Jörg/**Hürlimann-Kaup**, Bettina: Sachenrecht, 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2012, No. 502 vd.; **Sirmen**, s. 173 vd.; **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Tekinay Eşya Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 331 vd.

¹⁸ Tescil talebinin hukuki niteliğine ilişkin olarak bkz. **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s. 293 vd.; **Sirmen**, s. 178-179.

tescil yolsuz tescil olacaktır¹⁹. Taşınmaz malikinin yasal ve iradi temsilcileri de malik adına tescil talebinde bulunabilir (TMK.m.1015/II ve TST.m.18). Taşınmaz mülkiyetinin devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulması için verilen yetkinin özel yetki olması gerekir (TMK.m.504/III)²⁰.

Geçerli bir tescil işlemi için gerekli olan bir diğer koşul yazılı tescil talebidir. Bununla birlikte taşınmaz malikinin tescil talebinde bulunabilmesi için malik sıfatına sahip olması yeterli olmayıp aynı zamanda tapu sicilinde de malik olarak görünmesi zorunludur. Bu durum TMK.m.705/II'de de açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre, “*Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.*”

Tescilin geçerli olarak yapılabilmesi için son koşul, tescilin dayanağını teşkil eden geçerli bir hukuki sebebin bulunmasıdır. Taşınmazlarda ayni hak devrini gerçekleştiren tasarruf işlemlerinde sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir (TMK.m.1024/II, TMK.m.1025). Sebebe bağlılık ilkesi, tasarruf işleminin geçerliliğinin, borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla geçerli bir hukuki sebebi bulunmayan tescil talebi de geçersiz olacak ve tescil yolsuz tescil teşkil edecektir²¹.

Yolsuz tescil aslında ayni hak sahipliğini maddi hukuk açısından etkileyen bir durum değildir. Daha açık bir ifadeyle lehine yolsuz tescil yapılmış kişi, ayni hak kazanmayacağı gibi, kişinin kendisine ait hakkın yolsuz olarak terkin edilmiş olması da hakkın ortadan kalkması sonucunu doğurmaz. Ancak yolsuz tescilin yine de malik açısından olumsuz sonuçları vardır: Öncelikle yolsuz tescil durumunda hak karinesi bu tescile bağlıdır (TMK.m.992). Bunun yanı sıra yolsuz tescil devam ettiği sürece gerçek malik tasarruf yetkisini belgeleyemeyeceği için, hakkı üzerinde tasarruf edemez (TMK.m.705, TMK.m.1015). Ayrıca iyiniyetli üçüncü kişiler, tapu sicilindeki yolsuz tescile güvenerek mülkiyet veya sınırlı ayni hak kazanabilirler (TMK.m.1023). Son olarak tapudaki tescilin yolsuz olduğunu bilmeyen iyiniyetli sicil zilyedi, olağan zamanaşımı ile taşınmazın mülkiyetini veya sınırlı ayni hakkı

¹⁹ Antalya/Topuz, No. 2720; Sirmen, s. 182.

²⁰ Temsil yetkisinin şekline ilişkin tartışmalar konusunda bkz. Sirmen, s. 175-176.

²¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 292; Antalya, No. 2713 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya, s. 324 vd.; Rey, No. 347 vd., No. 1331; Sirmen, s. 183; Topuz, s. 124, s. 135 vd.

kazanabilir (TMK.m.712)²². Bu sebeple sicildeki kaydın geçerli bir biçimde yapılmış olması önem taşır.

Bu açıklamalardan hareketle bir taşınmazın maliki veya malikin geçerli bir şekilde yetkilendirdiği kişi tarafından, geçerli bir hukuki sebebe dayanılarak tescil talebinde bulunulduysa yapılan tescil işlemi geçerlidir ve taşınmaz mülkiyetini devralan kişi taşınmazın gerçek maliki olmaktadır.

2. İnançlı İşlemlerde Taşınmazın Mülkiyetinin İnanılan Kişi Tarafından Kazanılması

Taşınmaz mülkiyetinin geçerli bir biçimde edinilebilmesi için gerekli olan koşullar tasarruf yetkisi, yazılı tescil talebi ve hukuki sebep olduğuna göre bir inaçlı işlem çerçevesinde inanılan kişinin taşınmazın mülkiyetini geçerli olarak kazanılabilmesi için de bu koşulların gerçekleşmesi gerekir.

İnaçlı işlemlerde inaçlı devir işleminin hukuki sebebini inanan ve inanılan arasında yapılan inaç anlaşması oluşturduğundan, yazılı tescil talebi, tasarruf yetkisi ve geçerli bir inaç anlaşması mevcutsa²³, taşınmazın mülkiyeti inanılan kişiye geçecektir. Bu durumda inanılan kişi, taşınmazın gerçek anlamda maliki olmaktadır²⁴.

Bu sonuç, inaçlı işlemleri muvazaalı sözleşmelerden ayıran en önemli noktadır. Zira muvazaalı sözleşmenin varlığı durumunda, taraflarca yalnızca görünüşte bir işlem yapılmaktayken inaçlı işlemde, taşınmaz devri her iki sözleşme tarafınca da gerçekten istenmektedir. Dolayısıyla muvazaalı işlemlerdeki geçersiz olma sonucunun aksine, inaçlı işlemler gerçek ve ciddi işlemlerdir. Bu sebeple bir taşınmaz devrinin inaçlı olması, geçersizlik sebebi değildir²⁵. Dolayısıyla böyle bir durumda yolsuz tescilin varlığından söz etmek mümkün değildir.

²² **Sirmen**, s. 225-226.

²³ Devir işleminin üçüncü bir kişi tarafından yapılması da bu durumu değiştirmez. Çünkü böyle bir durumda inaç anlaşmasının tarafları, inananın üstlendiği devir borcunun ifasının, üçüncü kişi tarafından yapılan devir işlemiyle gerçekleşeceği konusunda anlaşmış olmaktadır. Bir diğer ifadeyle üçüncü kişi, inananın inaç anlaşması gereğince üstlendiği taşınmaz mülkiyetini devir borcunu yerine getirmektedir, bkz. **Güvenç**, s. 87.

²⁴ **Ertaş**, No. 1284; **Kocayusufpaşaoğlu**, C.I, § 35, No. 37, No. 45; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1457; **Topuz**, s. 178, s. 181-182.

²⁵ Ancak inaçlı işlemin ehliyetsizlik, şekil eksikliği, irade bozukluğu gibi başka sebeplerle geçersiz olması mümkündür. Ayrıca taraflarca inaçlı olarak nitelendirilen bir işlemin de muvazaalı olduğu iddia edilebilir, ancak bu durumda muvazaa iddiasında bulunan, iddiasını ispat yükü altındadır, bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, C.I, § 35, No. 40-41.

B. İnanılan Kişinin, İnanç Anlaşması Gereğince Taşınmazı İade İle Yükümlü Olması

1. Genel Olarak

İnançlı işlemde, taşınmazın mülkiyeti ciddi olarak inanılan kişiye devredilmiş olsa da, inanılanın tam ve geçerli bir biçimde kazandığı hak, inanç anlaşması ile nispi olarak sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla inanılan kişi, belirli olayların gerçekleşmesiyle taşınmazı inanana iade etme yükümlülüğü altındadır. İnanılanın taşınmazı inanana iade etme yükümlülüğünün hukuki sebebi de yalnızca borçlandırıcı bir etki meydana getiren inanç anlaşmasıdır²⁶. Dolayısıyla inanılan kişi, mülkiyeti aralarındaki anlaşmaya uygun olarak tekrar inanan kişiye devretmezse, inanan aralarındaki inanç anlaşmasına dayanarak mülkiyeti geri isteme hakkına sahiptir. Bu talebin dayanağı TMK.m.716/1 hükmüdür²⁷. Bu hükme göre, “Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir.”

2. Üçüncü Kişinin İnanç Anlaşmasından Doğan Borçtan Kural Olarak Sorumlu Olmaması

Borç ilişkileri için geçerli olan temel ilkelerden biri borç ilişkisinin nisbiliği ilkesidir. Nisbilik ilkesi, borç ilişkisinin yalnızca alacaklı ile borçlu arasında hüküm ifade etmesidir²⁸. Nisbilik ilkesinin sonucu olarak üç temel kural ortaya çıkar:

- Borç ilişkisi sebebiyle yalnız alacaklı talep hakkına sahiptir.
- Üçüncü kişiler, borcun ifa edilmemesinden veya kötü ifa edilmesinden sorumlu tutulamazlar.
- Borçlu borca aykırı davranışı yüzünden yalnızca alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlü olup üçüncü kişilerin zararını tazmin etmekle yükümlü değildir.

²⁶ Eren, No. 1133.

²⁷ Tescil işlemi ile inanılan kişi taşınmazın gerçek maliki olduğundan, inançlı işlemin varlığı halinde inanan kişi tarafından inanılana açılacak dava, TMK.m.716'da düzenlenmiş olan tescile zorlama davasıdır.

²⁸ Akünal, Teoman: “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, Yargıtay Dergisi, C.14, S.5, Temmuz 1988, s. 222-237, s. 222-223; Kırca, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004, s. 32 vd.

Ancak söz konusu kuralların istisnaları olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin tam üçüncü kişi yararına sözleşme, yalnızca alacaklının talep hakkına sahip olduğu kuralının bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Üçüncü kişilerin, borç ilişkisinin ifa edilmemesinden sorumlu olmayacağı kuralının istisnası olarak doktrinde TBK.m.49/II hükmü gösterilmektedir²⁹. Borçlunun borca aykırı davranışı yüzünden yalnızca alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu kuralının istisnası da üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisi teorisi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰.

İnceleme konumuza ilişkin kural, üçüncü kişilerin borcun ifa edilmemesinden veya kötü ifa edilmesinden sorumlu olmayacaklarına ilişkin kuraldır. Borç ilişkisinde alacaklı sahip olduğu alacak hakkını yalnızca borçluya karşı ileri sürebilirken borçlu da üstlendiği edimi yalnızca alacaklıya ifa etmekle yükümlü olur. Bu sebeple kural olarak üçüncü kişiler, borcun ifa edilmemesinden veya kötü ifa edilmesinden alacaklıya karşı sorumlu olmazlar³¹.

İnanç anlaşması da borç ilişkisi niteliğinde olduğundan, borç ilişkisinin nisbiligi ilkesi gereği yalnızca tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla inanç anlaşması gereğince inanılan ile inanan arasındaki borç ilişkisinden doğan sınırlamalar da yalnızca inanılan kişiye karşı ileri sürülebilir. İnanç anlaşmasında öngörülen amaç, yalnızca inanılan kişi açısından bağlayıcıdır. İnanılan kişi, taşınmazı üçüncü kişiye devrettiği tarihte taşınmazın gerçek maliki olduğu için, üçüncü kişi kötüniyetli olsa dahi, bir diğer deyişle inanç anlaşmasından doğan sınırlamaları bilse veya bilmesi gerekse dahi, taşınmazın mülkiyetini kazanmış olur. İnanan, uğradığı zararın tazminini ancak sözleşmeye aykırı davranmış olan inanılardan talep edebilir (TBK.m.112)³².

Kural bu olmakla birlikte istisnai bazı durumlarda, gerek doktrinde³³ gerekse yargı kararlarında³⁴ üçüncü kişinin de inanılan kişinin borcunu ifa etmemesinden sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında farklı hukuki dayanaklar gösterilmiş olmakla birlikte bu istisnanın dayanağı

²⁹ Eren, No. 142; Kocayusufpaşaoğlu, C.I, § 35, No. 45; Oğuzman/Öz, C.I, No. 75.

³⁰ Bkz. Akünal, s. 226 vd.; Oğuzman/Öz, C.I, No. 73 vd.

³¹ Oğuzman/Öz, C.I, No. 74.

³² Kapancı, s. 152; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, Borçlar, s. 415 vd.

³³ Kapancı, s. 151 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, C.I, § 35, No. 45; Oktay-Özdemir, s. 217 vd.

³⁴ Bkz. aşa IV.A.

doktrinde ifade edildiği üzere TBK.m.49/II hükmüdür. Bu hükme göre, “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuku kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

IV. EL VE İŞBİRLİĞİ İLE HAREKET KAVRAMININ YARGITAY İÇTİHATLARINDAKİ HUKUKİ DAYANAKLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İnançlı işlemin hukuki yapısı ve inanç anlaşmasından doğan sonuçlar bu şekilde tespit edildikten sonra, Yargıtay’ın, inançlı işlemlerde kullandığı el ve işbirliği ile hareket kavramının hukuki dayanakları inceleme konusu yapılacaktır.

Yargıtay kararlarına bakıldığında, inançlı işlemlerde inanılan kişinin taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi durumunda, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, mülkiyeti devralan kişiye karşı açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kabul edildiği görülmektedir. Kararlarda genel olarak dayanak noktası yapılan hüküm TMK.m.1023’tür. Yargıtay, el ve işbirliği içinde hareket eden kişinin TMK.m.1023’ün koruyuculuğundan yararlanamayacağını ifade ederek tapu sicilinin düzeltilmesi davasını kabul etmektedir³⁵.

³⁵ **Yarg. 1. HD, 2.7.2020 T., E. 2018/1733, K. 2020/3414:** “...Somut olayda; dava konusu taşınmazın davacı ... tarafından kredi temin etmesi için inançlı işleme dayalı olarak davalı ...’ye devredildiğinde tereddüt yoktur. Ne var ki; ... tarafından temlik yapılan davalı ...’in ediniminde iyiniyetli olmadığı davacı tarafından ispat edilememiş olup davalı ... TMK’nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanacağından hakkındaki tapu iptali ve tescil isteğinin reddine karar verilmesi doğrudur. Davacının bu yöne değinen temyiz itirazlarının reddine...” (www.kazanci.com) (Erişim T.: 16.2.2021); **Yarg. 1. HD, 12.11.2020 T., E. 2019/2632, K. 2020/5982:** “Davacı, maliki olduğu ...ada ...parsel sayılı taşınmazını dava dışı ...’nin 160.000,00 TL’lik ticari işten kaynaklanan borcuna teminat olarak davalı ...’a devrettiğini, teminat amacıyla devredildiğinin 26.04.2010 tarihli protokol ile yazıya döktüğünü, ne var ki ... ile... arasındaki ticari işin gerçekleşmediğini, bu nedenle de borcun doğmadığını, ancak davalı ...’ın kötüniyetli olarak anılan taşınmazı eşinin amcası olan ve durumu bilen diğer davalı ...’a devrettiğini, inançlı işleme aykırı hareket edildiğini ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile adına tescilini, yargılama sırasındaki islah ile; iptal-tescil isteğinin kabul edilmemesi halinde tazminata hükmedilmesini istemiştir...- ... Mahkemece, davacıların tazminat isteme hakkı bulunmakta ise de; talebin tapu iptali ve tesciline yönelik olduğu, davacıların terditli taleplerinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin karar, Dairece; “ ... Davacılar 160.000,00 TL karşılığı olan çivilerin teslim edilmediğini, borcun doğmadığını ileri sürmüşlerdir. Asıl ve birleştirilen dosya davalısı

Bazı Yargıtay kararlarında da el ve işbirliği ile hareket eden kişiyle yapılan sözleşmenin muvazaalı olduğu ifade edilmektedir³⁶. Bunun yanı sıra bazı Yargıtay kararlarında ise el ve işbirliği ile hareket kavramının hem TMK.m.1023 hükmü hem de muvazaalı çerçevesinde açıklanması yoluna gidilmiştir³⁷.

...teslim edildiğine ilişkin fatura ve irsaliye ibraz etmediği, ihbar olunan ...'in ortağı olduğu şirket kayıtları üzerinde yapılan bilirkişi incelemesinden anlaşılmıştır. Bu durumda davalı ...'in taşınmazı devrettiği Y.'un Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 1023. maddesi kapsamında iyiniyetli olup olmadığına saptanması gerekmektedir. ..." gerekçesiyle bozulmuş, bozma ilamı sonrasında davacı ...'un dosyasının tefrik edilerek eldeki dava esasını aldığı, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama neticesinde davalı ...'in iyiniyetli olmadığı, durumu bildiği, 4721 Sayılı TMK'nin 1023. maddesi koruyuculuğundan istifade edemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir..."; (www.sinerji.com) (Erişim T.: 16.2.2021); Yarg. 1.HD, 20.03.2014 T., E.2013/18846, K. 2014/6120: "Belirtilen ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında; davacı tarafından evrak arasına sunulan davacı ile davalı K. S.'nin imzasının yer aldığı "Sözleşme" başlıklı 18.12.2007 tarihli belgenin 5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında açıklanan, inançlı işlemin belgesi niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Esasen bu husus davalı K.'ın da kabulünde olup, savunmasında açıkça; taşınmazın kredi temini için kendisine aktarıldığını, kredi alamayınca dava dışı H. Ş. aracılığı ile diğer davalı E.'e kredi alması amacı ile bedelsiz devrettiğini beyan ettiği görülmektedir. - Öte yandan toplanan delillerden; taşınmazın kısa sürelerle el değiştirildiği, gerçek değerinden düşük bedelle temlik edildiği gözetildiğinde davalı K. ile davalı E.'in el ve işbirliği içerisinde hareket ettikleri; son kayıt maliki olan dahili davalı firmanın da davacının kiracısı olup, 01.08.2003 başlangıç tarihli yazılı kira sözleşmesi ile taşınmazı kullanan kişi olduğu, noter kanalı ile davacıya gönderdiği 07.01.2008 tarihli ihtarname içeriğinden; davacının ekonomik sıkıntı içerisinde bulunduğunu bildiği ve taşınmazı satın alma arzusunu da ortaya koyduğu değerlendirildiğinde dahili davalı firmanın da bu işlemleri bilen veya bilmesi gereken kişi konumunda bulunduğu ve Türk Medeni Kanunu'nun 1024. maddesi delaletiyle 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı kabul edilmelidir." (www.sinerji.com) (Erişim T.: 28.01.2021)

36

Bkz. aşa. IV.C.

37

Yarg. 1. HD, 14.7.2011 T., E. 2011/6261, K. 2011/8304: "Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; davacının çekişme konusu 2472 parsel sayılı taşınmazı 07.07.1998 tarihli akitle davalı A. A. 'ya satış suretiyle temlik ettiği, ondan 06.09.1999 tarihli akitle davalı M. B. 'ye, ondan 20.03.2000 tarihli akitle A.C. K.'a, ondan 26.06.2003 tarihli akitle davalı M.Ü. 'e, ondan da 17.09.2004 tarihli akitle davalı Y. D. 'ye satış suretiyle temlik edildiği anlaşılmaktadır.-... Yukarıda özetlenen iddianın ileri sürülüş biçimi ve içeriğinden, davada ilk el A. A. bakımından inançlı işlem hukuksal nedenine, izleyen temlikler bakımından davalı A. ile el ve iş birliği içerisinde muvazaalı temlikler yapıldığı, davacıyı zararlandırma kastıyla hareket edildiği iddiasına dayanıldığı açıktır. - Bu tür bir iddianın kanıtlanması durumunda Türk Medeni Kanununun 2. maddesi delaletiyle Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koruyuculuğundan faydalanamayacakları kuşkusuzdur. ...Sözleşme ile öngörülen ifa süresi içerisinde, sırf sözleşmeyi imkansız kılmak amacıyla muvazaalı olarak yapılan temliklerin yasal koruma altında tutulmayacağı

B. İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Korunması (TMK.m.1023)

1. İyiniyet Kavramı

Türk Medeni Kanununun 1023. maddesine göre, “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur.*”

İnançlı işlemlerde inanılan tarafından mülkiyetin başka birine devri halinde TMK.m.1023 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağını belirle-
nebilmesi için öncelikle iyiniyet kavramı üzerinde durulmalıdır. Kanun’da çeşitli maddelerde yer almakla birlikte bir tanımlı yapılmayan iyiniyet, doktrinde bir hakkın kazanılması veya hukuki bir sonucun meydana gelmesi konusunda mevcut olan hukuki bir engeli bilmeme ve gerekli özen gösterilse dahi bilecek durumda olmama şeklinde tanımlanmaktadır³⁸.

Bir hakkın doğumu veya bir hukuki durumun meydana gelmesi, kural olarak söz konusu hakkın veya hukuki durumun bütün koşullarının gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla kanuni koşullar eksikse kişinin iyiniyetli olması, kural olarak söz konusu hakkın doğmasını veya hukuki durumun meydana gelmesini sağlayamaz. Ancak istisnai olarak, hukuk düzeninin, kişilerin belirli durumlara ilişkin olarak iyiniyetli olmalarını dikkate aldığı durumlarda, iyiniyet söz konusu hakkın doğumunu veya hukuki durumun meydana gelmesini sağlayan bir işleve sahiptir³⁹. Bu durum iyiniyete ilişkin temel düzenleme olan TMK.m.3’te, “*Kanunun, iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, aslolan iyiniyetin varlığıdır. – Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse, iyiniyet iddiasında bulunamaz.*” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere bir hakkın doğumu veya hukuki durumun ortaya çıkmasında iyiniyetin bir fonksiyona sahip olabilmesi için Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağlamış olması gerekir⁴⁰.

Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi de Kanun’un iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlardan biridir. Ancak TMK.m.1023 hükmünün uygu-

izahtan varestedir....” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 16.2.2021); Ancak TMK.m.1023’ün şartlarından biri de üçüncü kişinin aynı hakkı kazanması için gereken kurucu unsurların geçerli olması olduğundan, muvazaa ile TMK.m.1023’ün aynı olayda uygulanamayacağı açıktır.

³⁸ **Dural, Mustafa/Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, No. 1194.

³⁹ Kanun’un iyiniyete hukuki sonuç bağlamasının sebepleri hakkında bkz. **Dural/Sarı**, No. 1197.

⁴⁰ **Dural/Sarı**, No. 1199.

lama alanı bulabilmesi için iyiniyetli olmak tek başına yeterli olmayıp başka bazı koşulların da gerçekleşmesi gerekir. Bu koşullar, tapu sicilinde yolsuz bir tescilin varlığı, sicildeki kayda dayanarak bir ayni hak kazanılması ve bu ayni hakkın kazanılması için gerekli diğer kurucu unsurların geçerli olmasıdır.

2. TMK.m.1023 Hükümünün İnanılan Kişi Tarafından Üçüncü Kişiye Yapılan Taşınmaz Devirlerinde Uygulanıp Uygulanamayacağına Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanununun 1024. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.”* Yolsuz tescil, ayni hakkın kazanılmasını sağlamaz. Bunun yanı sıra geçerli bir tescile dayanan ayni hakta, sicil dışı bir değişiklik meydana gelmiş olması durumunda da yolsuz tescil söz konusu olur⁴¹. Ancak iyiniyetli üçüncü kişiler, tapu kütüğündeki tescile güvenerek mülkiyet veya başka bir ayni hak edinirlerse, onların bu kazanımı korunur. Bu durum “tescilin olumlu hükmü” olarak ifade edilir⁴².

Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinin uygulama koşulları şu şekilde özetlenebilir⁴³: TMK.m.1023 ile sağlanan koruma yalnızca üçüncü kişiler içindir. Bu sebeple yolsuz tescille hak sahibi görünen kişi ve onun külli halefleri, taşınmazın mülkiyetini kazanamaz. Koruma, yalnızca sicil kaydına dayanan kazanımlar içindir. Üçüncü kişi tarafından kazanılan hak bir ayni hak olmalıdır, dolayısıyla kişisel hakkın kazanılması bu korumadan yararlanamaz⁴⁴. Üçüncü kişi iyiniyetli olmalıdır ve üçüncü kişinin ayni hakkı kazanması için gerekli diğer kurucu unsurlar geçerli olmalıdır. TMK.m.1023 hükmü ancak bu koşulların gerçekleşmesi halinde uygulama alanı bulur.

⁴¹ Ayni hak sicil dışında bir başkasına geçmiş olabilir veya ayni hak sicil dışında son bulmuş olabilir, bkz. **Yakuppur**, Sendi: Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 102 vd.

⁴² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 995. Tescilin olumsuz hükmü, TMK.m.1021’de düzenlenmiştir. Buna göre, “Kurulması kanunen tescile tâbi ayni haklar, tescil edilmedikçe varlık kazanamaz.” Ancak tescilin olumsuz hükmünün istisnaları mevcuttur, istisnalar için bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 308-309; **Ertaş**, No. 1319 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 987 vd.; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, No. 576 vd.; **Sirmen**, s. 192 vd.

⁴³ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 363 vd.; **Ertaş**, No. 754 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 995 vd.; **Rey**, No. 1527 vd.; **Schmid/Hürlimann-Kaup**, No. 583 vd.; **Sirmen**, s. 196 vd.; **Yakuppur**, s. 44 vd.

⁴⁴ Örneğin sicilde malik görünen kişi ile yapılan kira sözleşmesi, gerçek maliki etkilemez. Kira sözleşmesinin şerh verilmiş olması da durumu değiştirmez.

Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinin koşulları incelendiğinde, bu hükmün inanılan kişinin taşınmazı bir başkasına devrettiği durumlarda uygulanamayacağı görülmektedir. Zira TMK.m.1023'ün uygulanabilmesi için, iyiniyetli üçüncü kişinin tapu sicilindeki *yolsuz tescile dayanarak* bir aynı hak kazanması gerekir⁴⁵. Yolsuz tescil TMK.m.1024/II'de, "*Bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur.*" şeklinde tanımlanmıştır. İnançlı işlemlerde ise inanılan adına yapılan tescil yolsuz tescil niteliğinde olmayıp inanılan kişiye yapılan devir, gerçek bir devir, inanılan kişi de o dönem için taşınmazın gerçek malikidir. İnanılan kişi, mülkiyet hakkının verdiği tüm yetki ve yükümlülükler sahibidir. Bu sebeple tapudaki tescil yolsuz tescil değildir. Dolayısıyla taşınmazı inanılan kişiden devralan kişi -mülkiyeti kazanmasına engel teşkil edecek bir geçersizlik sebebi olmadığı sürece- iyiniyetli olmasa bile, bir diğer ifadeyle inanan ile inanılan arasındaki inançlı işlemi bilse veya bilmesi gerekse bile, taşınmazın mülkiyetini gerçek malikten kazanmış olur. Zira inanç anlaşmasından doğan taahhütler, inanan ve inanılan arasındaki borç ilişkisi gereğince yalnızca taraflarını bağlar. Üçüncü kişinin inanç anlaşmasında inanılan tarafından üstlenilen yükümlülükler sebebiyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz⁴⁶.

C. Muvazaa

Yargıtay kararlarında inançlı işlemlerde inanılan ile el ve işbirliği ile hareket eden kişiyle yapılan sözleşmenin muvazaalı olması durumunda geçersiz olacağı ifade edilmiş⁴⁷; 14. Hukuk Dairesinin 25.03.2019 tarihli bir kararında da davalıların el ve işbirliği içinde olup olmadıkları ve aralarında muvazaalı bir işlemin bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine karar verilmiştir⁴⁸.

⁴⁵ Oktay-Özdemir, s. 199 vd.; Sirmen, s. 196 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Eşya, s. 348 vd.; Topuz, s. 117 vd.

⁴⁶ Oktay-Özdemir, s. 216.

⁴⁷ Yarg. 1.HD, 3.3.2010 T., E. 2010/1003, K. 2010/2330: "*Ancak inanılan ile üçüncü kişinin, inananın inanç borcunu tekrar alma hakkını ortadan kaldırmak amacıyla el ve düşünce birliği içerisinde muvazaalı bir işlem (sözleşme) yapmaları halinde inananın söz konusu sözleşmenin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğundan bahisle üçüncü kişi aleyhine dava açabileceği de kuşkusuzdur.*" (www.kazanci.com) (Erişim T.: 16.2.2021); aynı yönde Yarg. 1. HD, 8.12.2011 T., E. 2011/12531, K. 2011/12571 (www.sinerji.com) (Erişim T.: 16.2.2021).

⁴⁸ Yarg. 14. HD, 25.03.2019 T., 2018/5707 2019/2692: *Bu ilkeler ışığında somut olaya gelince; davacı ..., kendisi adına kayıtlı dava konusu taşınmazı, bir süre sonra kendi şirketine tekrar devredileceği inancı ile güven ilişkisi çerçevesinde dava dışı ...'a devrettiğini ileri sürdüğünden, davada ...'nın da taraf gösterilmesi, davacının inançlı işleme*

El ve işbirliği ile hareket kavramının, koşulları gerçekleşmişse muvazaa kavramıyla açıklanması mümkündür. Bu iki kavram arasındaki ilişki, aşağıda inanılan kişi ile taşınmazı devralan üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin geçersiz olması başlığı altında incelenecektir⁴⁹.

V. EL VE İŞBİRLİĞİ İLE HAREKET KAVRAMINA HUKUKİ DAYANAK TEŞKİL EDEBİLECEK HUKUKİ KURUMLARIN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

İnançlı işlemde inanılan kişinin taşınmazı üçüncü kişiye devrine ilişkin hukuki işlemde bir geçersizlik sebebi yoksa taşınmazı devralan kişinin mülkiyeti kazanacağı hususu sabittir. Esasen bu, borç ilişkisinin nisbiliği ilkesinin bir sonucudur. Zira inanç anlaşması borç ilişkisi niteliğindedir ve borç ilişkisi, özelliği gereği kural olarak yalnızca tarafları için hüküm ve sonuç doğurur.

Bu noktada inanan kişinin, taşınmazı devralana karşı ileri süreceği talep hakkının, taşınmazı devreden ile devralan arasında yapılan sözleşmenin

yönelik belgelerinin toplanması, davalı ... ile ...'un el ve işbirliği içerisinde olup olmadıkları, aralarında muvazaalı bir işlemin bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmelidir.” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 28.01.2021); **Yarg. 14. HD, 3.6.2014 T., E.2014/3490, K.2014/7336:** “...Bu ilkeler ışığında somut olaya gelince; davalı A. U.. cevap dilekçesinde dava konusu taşınmazın davacının gönderdiği parayla alındığını kabul etmiş ve inançlı işleme yönelik ikrarda bulunmuştur. Ne var ki davalı taşınmazı yargılama sırasında üçüncü kişi B. U.. 'a, B. U.. 'da yine yargılama aşamasında davalılar S. B.. ve H. A.. 'a devretmiştir. Davacı vekili tarafından yargılama aşamasında satış şeklinde gerçekleşen bu devirlerin muvazaalı olduğu ileri sürülmüştür. İnananın inanç sözleşmesinden doğan hakkı şahsi hak niteliğinde olduğundan inanç konusunun üçüncü kişilere devredilmesi halinde **inananın üçüncü kişilerden isteyebileceği bir hakkının varlığından söz edilemez. Ancak, inanılan ile üçüncü şahıs, inananın inanılana müracaat edip inanç konusunu alma hakkını ortadan kaldırmak amacıyla, el ve düşünce birliği içerisinde muvazaalı bir işlem yapmışlarsa, inanan muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle üçüncü kişiye karşı dava açabilir. Bunun dışında, üçüncü kişinin kötü niyetinden, yani inançlı işlemi bildiğinden söz etmek suretiyle üçüncü kişiye karşı dava açıp son temlikin iptalini isteyemez. Zira inanılan o mal veya hakkın gerçek sahibidir. Hemen belirtilmelidir ki, davalı B. U.. ilk el konumunda olup, yukarıda açıklanan nedenle TMK'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı tartışmasız ise de, B. 'nin çekışmeli taşınmazı temlik ettiği davalılar H. A.. ve S. B.. ikinci el konumunda olup, tapu sicilin tutulması prensiplerinden olan sicilin aleniliği (güvenirliği) ilkesine dayanarak iyiniyetle iktisap etmeleri halinde aynı hükmün koruyuculuğundan istifade etmeleri olanaklıdır.” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 28.1.2021)**

49

Bkz. aşa. V.B.

geçerli olup olmadığına göre değerlendirilmesi gerekir. Zira inanılan ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesi geçersizse bu durumda devralan üzerindeki tescil yolsuz tescil olacaktır. İnanılan kişi ile devralan üçüncü kişi arasındaki devir geçerliyse bu durumda ise inanan, inanılan kişiden ve koşulları varsa taşınmazı devralan üçüncü kişiden zararının tazminini isteyecektir.

B. İnanılan Kişi İle Devralan Üçüncü Kişi Arasındaki Sözleşmenin Geçersiz Olması Durumunda El ve İşbirliği İle Hareket Kavramının Hukuki Dayanağı

İnanılan kişi ile taşınmazı devralan kişi arasındaki sözleşmenin, her sözleşme ilişkisi için söz konusu olabilecek ehliyetsizlik, şekle aykırılık veya ahlaka aykırılık⁵⁰ gibi geçersizlik sebepleriyle geçersiz olması ihtimal dahilindedir. Bu anlamda söz konusu sebepler inceleme konumuz açısından bir özellik arz etmeyecektir. Ancak uyuşmazlık konusu açısından özellikle üzerinde durulması gereken geçersizlik sebebi muvazaadır⁵¹.

Yargıtay inanca ilişkin içtihatlarının bir kısmında inanılan kişi ile devralan arasındaki işlemin muvazaalı olabileceğine dikkat çekmiştir. Buna göre, devreden ile devralan arasında yapılan devir sözleşmesi, inanan kişiyi zarara uğratmak amacıyla yalnızca görünüşte yapılmışsa, muvazaa sebebiyle geçersiz olacaktır.

Muvazaa, iki tarafın iradesi ile beyanları arasında isteyerek meydana getirdikleri bir uygunsuzluk halidir. Muvazaada sözleşme tarafları, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı beyanda bulunmakta ve irade beyanlarının hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı konusunda anlaşmaktadırlar⁵². Muvazaa farklı yönden ayrımlara tabi tutulmakla birlikte muvazaaya ilişkin en önemli ayırım, mutlak muvazaa ve nisbi muvazaa ayırımıdır. Mutlak muvazaada tarafların görünürde yapmış oldukları işlemin arkasına gizledikleri başka bir işlem bulunmamaktadır. Nisbi

⁵⁰ İnanılan ile taşınmazı devralan yalnızca inanan kişinin hakkını ihlal etmek amacıyla birlikte hareket etmişlerse, taşınmazın devrine ilişkin hukuki işlem ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacaktır, bkz. **Kapanıcı**, s. 87-88, dp. 367; **Oktay-Özdemir**, yalnızca inanılan kişiyi zarara uğratmak amacıyla sözleşme yapılmasının hayatın gerçeklerine uygun olmadığını, ancak bu amaçla yapılmışsa sözleşmenin ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını ifade etmiştir, bkz. s.218, dp.28.

⁵¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, No. 1457.

⁵² **Atamulu**, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 19 vd.; **BSK OR I-Wiegand**, Art. 18, No. 50; **Eren**, No. 1087; **Kocayusufpaşaoğlu**, C.I, § 35, No. 1; **BSK OR I-Wiegand**, Art. 18, No. 50.

muvaazaada ise görünürdeki işlemin arkasına gizlenmiş bir işlem mevcuttur⁵³. Yargıtay'ın taşınmazın inanılan tarafından devrine ilişkin içtihadına konu olabilecek nitelikteki muvazaanın mutlak muvazaa olduğunu söylemek mümkündür.

Mutlak muvazaanın varlığı için gerekli unsurlar, görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastıdır. Görünürdeki işlem, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmış oldukları işlemidir. Muvazaa anlaşması ise, tarafların görünürdeki işlemin kendi aralarında hiçbir hüküm doğurmayacağı konusunda yaptıkları anlaşmadır. Muvazaanın son unsuru aldatma kastıdır. TBK.m.19/I' hükmünde “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükümde yer verilen gizleme niyeti, ancak üçüncü kişilerin aldatılması yoluyla gerçekleşebileceğinden aldatma kastı da muvazaanın zorunlu unsurudur⁵⁴.

Doktrindeki hakim görüşe göre muvazaanın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür⁵⁵. Bu sebeple davacı inanan, inanılan ile devralan kişi arasında yapılan işlemin muvazaalı olduğunu ispat edebilirse, inanılan ile devralan arasında yapılan borçlandırıcı işlem ve buna bağlı olarak yapılan tescil işlemi geçersiz olacak; devralan kişi adına olan tescil de yolsuz tescil teşkil edecektir⁵⁶. Ancak inanan kişinin, öncelikle ilgili sıfatına sahip olduğunu ispat etmesi gerekir. Zira yalnızca muvazaalı işlem sonucunda menfaatleri ihlal edilen kişiler muvazaa iddiasında bulunma hakkına sahiptir⁵⁷.

İnanan kişinin, inanılan ve taşınmazı devralan kişi arasındaki ilişki açısından üçüncü kişi olduğundan muvazaa iddiasını her türlü delille ispat etmesi mümkündür (HMK.m.203/I.d). Muvazaanın ispatlanması sürecinde, üçüncü kişilerin muvazaayı ispatlamasındaki zorluk dikkate alınarak, hakim tarafından somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılması ge-

⁵³ Eren, No. 1096 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, C.I, § 35, No. 3; Oğuzman/Öz, C.I, No. 412 vd.

⁵⁴ Muvazaanın unsurları için bkz. BSK OR I-Wiegand, Art. 18, No. 51; Eren, No. 1089 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, C.I, § 35, No. 2.

⁵⁵ Atamulu, s. 117; Oğuzman/Öz, C.I, No.417; Muvazaanın yaptırımının yokluk olduğu yönünde bkz. Eren, No. 1105 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, C.I, § 35, No. 19.

⁵⁶ İnanılan kişi ile taşınmazı devralan üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması durumunda dava hem inanılan kişiye hem de yolsuz kayıt maliki devralan üçüncü kişiye karşı açılacaktır. Üçüncü kişi üzerindeki tescil yolsuz olduğundan, inanan kişinin, inanılana yönelttiği tescile zorlama davasının dayanağı inanç anlaşması olacaktır (TMK.m.716/I).

⁵⁷ Atamulu, s. 212-213, dp. 452.

rekir. Bu sebeple tanık beyanının yanı sıra dava konusu taşınmazı satın alan kişinin ekonomik durumu, bu niteliklere sahip bir taşınmaza ihtiyacı olup olmadığı, bedelin gerçekten ödenip ödenmediği ve sözleşme taraflarının kişisel ilişkileri gibi durumlar dikkate alınarak işlemin muvazaalı olup olmadığı belirlenmelidir⁵⁸.

İnançlı işleme konu olan taşınmazın inanılan tarafından muvazaalı olarak üçüncü kişiye devredildiği iddiasıyla açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davalarında, hem inanılan kişinin hem de devralan kişinin davalı olarak gösterilmesi zorunludur. Zira tapudaki kayıt maliki devralan kişidir ancak inanılan kişi de devralan kişi ile yapılan muvazaalı sözleşmenin tarafıdır. Dolayısıyla tescilin yolsuzluğuna ilişkin iddianın yerinde olup olmadığı, ancak kayıt maliki ile devreden inanılan kişi arasındaki hukuki ilişkinin incelenmesi sonucu ortaya çıkarılabilir⁵⁹.

Sonuç olarak inanılan kişi ile taşınmazı ondan devralan üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisinin muvazaalı olduğunun ispatlandığı hallerde, inanılan ve üçüncü kişi arasındaki el ve işbirliği ile hareket unsurunun hukuki dayanağının muvazaa olduğu sonucuna varılmaktadır⁶⁰.

C. İnanılan Kişi İle Devralan Üçüncü Kişi Arasındaki Sözleşmenin Geçerli Olması Durumunda El ve İşbirliği İle Hareket Kavramının Hukuki Dayanağı

1. Genel olarak

İnanılan kişi ile devralan kişi arasındaki sözleşmenin geçerli olması halinde, devralan kişi adına olan tapu kaydı yolsuz olmayacak ve taşınmazın

⁵⁸ Atamulu, s. 215.

⁵⁹ Bkz. 1. Yarg. HD, 30.4.2014 T., E. 2013/20368, K. 2014/9072: “Davacı, davalı kardeşi ile yaptığı anlaşma doğrultusunda kayden paydaşı olduğu 2 parsel sayılı taşınmazı dava dışı K.G.E. geri almak üzere temlik ettiklerini, ne var ki K.G. E. kendisine haber vermeden anılan taşınmazı davalıya devrettiğini, temliklere rağmen 10 yıldır taşınmazı kullandığını ileri sürerek muvazaa nedeniyle tapu kaydının iptali ile adına tesciline, olmadığı takdirde bina yapım bedeli 500.000.000. TL nin tahsili isteğiyle eldeki davayı açmıştır...-... Somut olaya gelince; bilindiği gibi iptal ve tescil davalarının taşınmazın kayıt maliki aleyhine açılması zorunludur. Nitekim, eldeki davada kayıt maliki davalı H. aleyhine açılmıştır. - Ancak, somut olayın özelliği itibarıyla, taşınmazın son maliki bakımından iddianın incelenebilmesi için, davacı ile ilk el durumundaki dava dışı K.G. E. arasındaki hukuki ilişkinin muvazaalı olup olmadığının açıklığa kavuşturulması zorunludur. Ne var ki, davacının çekişmeli taşınmazı devrettiği ilk el durumundaki K.G.E. davada yer almamıştır...” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 16.2.2021)

⁶⁰ İnanılan kişi ile devralan üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin muvazaalı olduğu hallerde, üçüncü kişinin iyiniyetinden sözedilemeyeceğinden, TMK.m.712 gereğince olağan kazandırıcı zamanaşımı hükümlerinden yararlanması da söz konusu olmayacaktır.

gerçek anlamda maliki, devralan üçüncü kişi olacaktır. Bu durumda devralan ile inanan kişi arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi de olmadığından, devralan kişinin yalnızca haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması mümkün olabilir. Bu noktada incelenmesi gereken hukuki kurum, ahlaka aykırı bir davranışla başkasına kasten zarar vermedir (TMK.m.49/II).

İnanılan kişinin, taşınmazı üçüncü kişiye devretmesi durumunda inananın uğradığı zarar salt malvarlığı zararıdır⁶¹. Doktrinde bir kişinin salt malvarlığı zararına uğradığı hallerde dürüstlük kuralının⁶² bir temel koruma normu olarak kabul edilip hukuka aykırılık⁶³ sebebiyle haksız fiil hükümlerine (TBK.m.49/I) başvurulup başvurulamayacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Türk-İsviçre Hukukunda azınlıkta kalan bir görüş, TMK.m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralının temel koruma normu olarak kabul edilerek, ahlaka aykırılık hükmüne (TMK.m.49/II) gitmeye gerek kalmaksızın hukuka aykırılık sebebiyle (TMK.m.49/I) haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği yönündedir⁶⁴. Ancak bu konuda doktrindeki hakim görüş

⁶¹ Bu kavram için bkz. Eren, No. 1644.

⁶² Yargıtay uygulamasına baktığımızda, nisbi hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kuralının istisnası olarak dürüstlük kuralını uyguladığı kararlarına rastlanmaktadır. Örneğin Yargıtay bir kararında (Yarg. 1. HD, 19.11.1970 T., E. 5042, K. 6034), dürüstlük kuralına atıfta bulunarak, taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın şahsi (nisbi hak) bir hak olduğunu, alıcının üçüncü kişiye karşı kural olarak talep hakkının olmayacağını ancak taşınmaz satış vaadi alacaklısının, kötüniyetli alıcıya karşı satış vaadinden doğan şahsi hakkını ileri sürebileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar s. 15, dp. 13); Aynı yöndeki bir diğer kararında (Yarg. 14. HD. 16.9.1975 T., E. 2801/K.3711) MK.m.650’ye dayanan şahsi hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez de, davalıların davacının oğlu ve gelini olması ve bu taşınmazın davacı tarafından satın alındığını, binanın onun tarafından yapıldığını ve böylece davacının kayıt malikine karşı şahsi hakkının bulunduğunu bilmelerine rağmen bu taşınmazları iktisaplarının dürüstlük kuralına aykırı olduğu ifade edilmiştir. Ancak her iki karar da doktrinde, Yargıtay’ın çok ileri gitmiş olması sebebiyle eleştirilmiş ve nisbi hakkın üçüncü kişilere karşı yalnızca, üçüncü kişi mülkiyeti salt nisbi hak sahibine zarar vermek amacıyla elde etmişse ileri sürülebileceği belirtilmiştir, bkz. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar, s. 15, dp. 13)

⁶³ Haksız fiilin hukuka aykırılık unsuruna ilişkin olarak bkz. aşa.2.a

⁶⁴ Bu görüşte Hatemi, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976, s. 20, s. 22; Oftinger, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1975, s. 95; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, No.51; Bu görüşün açıklanması için bkz. Gürpınar, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Yayınevi, İzmir 2006, s. 89 vd.; Kurtulan, Gökçe: “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHF – HAD, C.23, S.1, s. 465-503, s. 497 vd.; Çağlayan Aksoy, Pınar: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerç-

dürüstlük kuralının, ilke olarak temel koruma normu olarak kabul edilemeyeceği, yalnızca istisnaen taraflar arasında özel bir bağlantının olması halinde koruma normu olarak kabul edilebileceği yönündedir⁶⁵. Biz de dürüstlük kuralının uygulama alanının yalnızca aralarında özel bir bağlantı olan taraflarla sınırlı kalması gerektiği görüşüne katıldığımız için incelememiz TBK.m.49/II çerçevesinde yapılmıştır.

2. Ahlaka Aykırı Bir Davranışla Kasten Zarar Verme (TBK.m.49/II)

a. Genel Olarak Hukuka Aykırılık Kavramı

Haksız fiil sorumluluğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK.m.49 haksız fiil sorumluluğuna ilişkin temel düzenlemedir. Bu hükme göre, “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. - Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*”

Söz konusu hükmün birinci fıkrasında hukuka aykırı fiil ve haksız fiilin unsurları düzenlenmiş; ikinci fıkrasında ise ahlaka aykırı fiil düzenlenmiştir.

vesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık AŞ., İstanbul 2016, s. 406 vd.; Hakim görüşü esas itibariyle yerinde bulmakla birlikte bir sözleşmeye, sözleşme taraflarından birine zarar verici şekilde müdahale etmemenin dürüstlük kuralının bir gereği olarak kabul edildiği takdirde TBK.m.49/I'ın uygulanabileceği yönünde **Barlas**, Nami: “Başkasının Sözleşme İlişkinine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s. 432-433.

⁶⁵ Bu görüşü savunanlar, dürüstlük kuralının kapsamının haksız fiil sorumluluğuna göre daha dar olduğunu ifade etmişlerdir. Dürüstlük, kişiler arasında belirli bir güvenin sonucu olarak beklenebilecek niteliktedir. Dolayısıyla bir davranışın dürüstlük kuralına aykırılığından söz edebilmek için kişiler arasında özel bir bağın mevcut olması gerekir. Bir başka deyişle dürüstlük kuralına aykırılık, bir hukuki ilişkiden doğan hakların kullanılması ve borçların ifasıyla ilgilidir. Oysa haksız fiil sorumluluğunda fail ile zarar gören arasında zararın doğumundan önce herhangi bir bağın olması gerekmez. Ayrıca dürüstlük kuralının temel koruma normu olarak kabul edilmesi durumunda TBK.m.49/II hükmü işlevsiz kalacaktır; bkz. **Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 12 vd.; **Brehm**, Roland: Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. überarbeitete Auflage, Bern 2013, Art. 41 OR, N. 53 vd.; **Honsell/Isengrig/Kessler**, §2, No. 7; **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, Teilband 1, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1987, II/1, §16, No. 109 vd.; Ayrıca bkz. **Heierli**, Christian/**Schneider**, Anton, K.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, Art. 41, No. 36.

Dolayısıyla haksız fiil kavramı, hukuka aykırı fiil ve ahlaka aykırı fiili kapsayan bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁶.

Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan haksız fiilin unsurları; fiil, fiilin hukuka aykırı olması, kusur, zarar ve illiyet bağıdır⁶⁷. Hukuka aykırılık unsuru, haksız fiil sorumluluğunun en tartışmalı konularından biridir. Haksız fiilin hukuka aykırılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak birbirinden farklı teoriler olmakla birlikte⁶⁸ Türk-İsviçre hukukunda hakim görüş olan objektif hukuka aykırılık teorisi⁶⁹ dikkate alındığında hukuka aykırılık, kişilerin mal ve şahıs varlığı değerlerini korumayı amaçlayan yazılı olan veya olmayan davranış kurallarına aykırılık olarak tanımlanmaktadır⁷⁰. Bu çerçevede hukuka aykırılığın unsurları, başkasına zarar vermeyi yasaklayan ve zararı önleme amacı güden bir norma aykırı davranış ile hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmamasıdır.

Haksız fiil hukukunda, uyulmaması durumunda hukuka aykırı davranış teşkil eden normlar, temel koruma normları ve özel koruma normları olarak sınıflandırılmaktadır⁷¹. Bu sınıflandırma mutlak haklar ve mutlak haklar dışındaki haklar (salt malvarlığı zararları) dikkate alınarak yapılmaktadır.

Temel koruma normları; kişilerin hayatı, beden bütünlüğü, kişiliği ve mülkiyeti gibi mutlak haklarını koruyan normlardır⁷². Örneğin bir kişiyi yaralama veya evini yakma, temel koruma normlarına aykırılık oluşturur. Mutlak haklar, temel koruma normları tarafından açıkça korunduğundan, bunlara verilen zararın tazmin edilmesi gerektiği kendiliğinden anlaşılmaktadır. Bir diğer deyişle temel koruma normlarının ihlali halinde hukuka aykırılık unsuru zaten mevcuttur. Mutlak hakların ihlali halinde, ortaya çıkan

⁶⁶ **Barlas**, s. 422.

⁶⁷ **Eren**, No. 1611 vd.; **Gürpınar**, s. 75 vd.; **Oğuzman/Öz**, C.II, No. 40 vd.

⁶⁸ Objektif hukuka aykırılık teorisine göre bir davranışın haksız fiil sorumluluğuna yol açabilmesi için yalnızca zarar vermiş olması yeterli değildir, ayrıca söz konusu davranış yasaklayan genel bir davranış normunun ihlal edilmiş olması gerekir, teorilerin açıklanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Yeşim: Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 1996, s. 25 vd.; **Gabriel**, Bruno: Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Huber Druck, Entlebuch 1987, No. 224 vd.; **Gürpınar**, s. 85 vd.; **Kırca**, s. 13 vd.; **BSK OR I-Heierli/Schneider**, Art. 41, No. 30 vd.; **Kurtulan**, s. 469 vd.

⁶⁹ **Brehm**, Art. 41, No. 33; **Eren**, No. 1810 vd.; **Oftinger**, I, s. 128.

⁷⁰ **Eren**, No. 1813 vd.

⁷¹ **Buz**, Vedat: "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK.m.60 Üzerine Düşünceler", Batider, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 19 -57, s. 32 vd.; **Eren**, No. 1817 vd.; **Gabriel**, No. 234; **Gürpınar**, s. 86 vd.

⁷² **Atamer**, s. 25 vd.; **Gabriel**, No. 235 vd.; **Kırca**, s. 18 vd.

sonucun kendisi hukuka aykırıdır. Diğer deyişle mutlak hakların ihlali halinde hukuka aykırılık zarar veren kişinin davranışına göre değil, bu davranışın sonucuna göre değerlendirilir. Bu sebeple mutlak hakların ihlal edilmesi “sonucun haksızlığı” olarak ifade edilmektedir⁷³.

Ancak mutlak haklar dışında kalan salt malvarlığı zararlarının⁷⁴ hukuka aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu zararın, hukuk düzeninin koymuş olduğu özel bir koruma normunun ihlalinin kaynaklanması gerekir. Bu anlamda özel koruma normları, kişilerin mutlak hakları dışındaki malvarlığının korunması amacıyla konulmuş normlardır. Salt malvarlığı zararlarının tazmini için, özel koruma normunu ihlal eden bir davranışın varlığı gerektiğinden, mutlak haklar dışındaki salt malvarlığının ihlali “davranışın haksızlığı” olarak ifade edilmektedir⁷⁵. Bununla birlikte salt malvarlığı zararlarının tazmin edilebilmesi için özel koruma normunun mevcudiyeti de tek başına yeterli değildir; ayrıca zarar görenin korunması, söz konusu normun koruma amacı içinde olmalıdır⁷⁶.

Dolayısıyla bir davranış temel koruma normlarına ve özel koruma normlarına aykırı değilse, hukuka aykırılıktan söz etmek mümkün olmayacak, failin TBK.m.49/I gereğince sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bununla birlikte hukuka aykırı olmamakla birlikte ahlak kurallarına aykırı bir davranış mevcutsa, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde failin TBK.m.49/II çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁷⁷.

b. TBK.m.49/II Hükümünün Amacı

Hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için bir davranışın koruma normlarına aykırı olması gerekir. Davranış herhangi bir koruma normuna aykırı değilse failin TBK.m.49/I gereğince sorumluluğuna gidilmesi mümkün

⁷³ **Buz**, s. 33; **Gürpınar**, s. 83, s. 87; **Oftinger**, Karl/**Stark**, Emil: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1995, I, §4, No. 23 vd.

⁷⁴ Kişilerin mutlak hakları dışındaki ekonomik menfaatlerini ifade etmek için doktrinde farklı terimler kullanılmaktadır. Dar anlamda malvarlığı zararı, salt malvarlığı zararı, malvarlığı zararı, diğer zararlar bu ifadelerin bazılarıdır, bkz. **Buz**, s. 35-36; **Gabriel**, No. 247; **Gürpınar**, s. 78; **Kırca**, s. 9 vd.; **Çağlayan Aksoy**, s. 12.

⁷⁵ **Buz**, s. 34; **Gürpınar**, s. 88; **Oftinger/Stark**, I, §4, No. 35 vd.

⁷⁶ **Atamer**, s. 70 vd.; **BSK OR I-Heierli/Schneider**, Art. 41, No. 34; **Eren**, No. 1846 vd.; **Gürpınar**, s. 88; **Oğuzman/Öz**, C.II, No. 50.

⁷⁷ **Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Hukuka Aykırılık, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 188-189; **BSK OR I-Heierli/Schneider**, Art. 41, No. 40; TBK.m.49/II hükümünün gerekli olup olmadığına ilişkin görüşler hakkında bkz. **Barlas**, s. 419 vd.

değildir. Ancak öyle bazı durumlar vardır ki davranış hukuka aykırı olmakla birlikte, failin tazminatla sorumlu tutulmaması toplumun ahlaki değerlerini ve vicdanını rahatsız eder. İşte böyle durumlarda TBK.m.49/II hükmü devreye girer ve belirli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla, ahlaka aykırı fiillerin tazminat yaptırımına tabi olmasını sağlar. Bir diğer ifadeyle ahlaka aykırı bir fiile de, o fiil sanki hukuka aykırı bir fiilmiş gibi tazminat sonucu bağlanır⁷⁸. Dolayısıyla TBK.m.49/II hükmü, TBK.m.49/I'in kapsamına girmeyen istisnai durumlarda devreye giren ve sorumluluk alanını genişleten tali nitelikte bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹.

c. TBK.m.49/II'nin Uygulama Koşulları

aa. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde sorumluluğun unsurları, ahlaka aykırı bir davranış, davranışın kasten yapılmış olması, bu davranıştan zarar doğmuş olması ve zararlar kasten yapılan davranış arasında illiyet bağının mevcut olmasıdır. TBK.m.49/II'den doğan sorumlulukta özellik taşıyan unsurlar, hukuka aykırı davranış yerine ahlaka aykırı bir davranışın olması ve zararın kasten verilmiş olmasıdır. Bunun dışındaki haksız fiil sorumluluğunun diğer unsurları olan illiyet bağı ve zarar, TBK.m.49/I'dekinden farklı bir özellik taşımamaktadır. Bu sebeple aşağıda TBK.m.49/II'nin uygulama koşulları olarak yalnızca ahlaka aykırı davranış ve kasten zarar verme unsurları incelenmiştir.

bb. Ahlaka Aykırı Davranış

Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinin ikinci fıkrasında yalnızca ahlaka aykırı bir davranışla kasten zarar vermenin sorumluluğa yol açacağı belirtilmiş ancak bir davranışın ne zaman ahlaka aykırılık teşkil edeceği konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Bu sebeple ahlaka aykırılık kavramı doktrin tarafından tanımlanmıştır. Buna göre ahlaka aykırılık, toplumdaki orta düzey esas alındığında, yapılan işlemin makul ve dürüst olan kişilerin anlayışına ters düşmesi olarak tanımlanmaktadır. Buradaki ahlak, bireysel ve sübjektif ahlak olmayıp toplumun geneline hakim olan objektif ahlak anlayışıdır⁸⁰.

⁷⁸ Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 61-62.

⁷⁹ Ateş, s. 189; Kapancı, s. 7; Oser/Schönenberger, Art. 41, No. 92.

⁸⁰ Ateş, s. 186 vd.; Barlas, s. 422; Eren, No. 1851; Kapancı, s. 17; Oftinger/Stark, II/1, §4, No. 196; Oğuzman/Öz, C.II, No. 187; Ayrıca bkz. Hatemi, s. 83 vd.

Objektif ahlak anlayışı tanımlanırken, bu kavram ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişkinin de ortaya konması gerekir. TBK.m.49/II hükmündeki objektif ahlak kavramı ile MK.m.2’de düzenlenmiş temel ilke olan dürüstlük kuralının birbiri ile örtüştüğü durumlar olmakla birlikte, bu iki kavramın her zaman aynı kapsamda olduğu söylenemez. Çünkü dürüstlük kuralına aykırı bir davranıştan söz edebilmek için, kişiler arasında özel bir bağlantının olması aranır. Oysa objektif ahlaka aykırılık için bu şekilde bir önkoşul yoktur. Ahlaka aykırı davranış, tıpkı hukuka aykırılıkta olduğu gibi, daha önce aralarında herhangi bir temas olmayan kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir⁸¹. Bu sebeple objektif genel ahlak, dürüstlük kuralından daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bununla birlikte ahlaka aykırılık ve dürüstlük kuralının uygulama koşullarının aynı olayda gerçekleşmesi de mümkündür. Sonuç olarak dürüstlük kuralına aykırı her davranış aynı zamanda ahlak kurallarına da aykırılık teşkil eder; ancak ahlaka aykırı her davranış dürüstlük kuralına aykırı olmayabilir⁸².

Ahlaka aykırı olarak nitelendirilebilen bir davranış aynı zamanda hukuka da aykırıysa, TBK.m.49/I hükmüne göre daha ağır koşulları gerektiren TBK.m.49/II hükmüne başvurmaya gerek kalmayacaktır. Hukuka aykırılık durumunda failin sorumluluğu için ihmal derecesinde bir kusur bile yeterli olduğundan, zarar gören, failin kasten zarar verdiğini ispat etmek zorunda olmaksızın zararının tazminini talep edebilecektir. Bu sebeple hükmün uygulama alanı hukuka aykırılık taşımayan zarar verme halleriyle sınırlı kalmaktadır⁸³.

cc. Kasten Zarar Verme

Bir kişinin TBK.m.49/II gereğince sorumlu tutulabilmesi için bir diğer koşul, ahlaka aykırı fiilin zarar verme kastıyla işlenmiş olmasıdır.

Kastın üç türü vardır⁸⁴. Bunlar özel kast, doğrudan kast ve dolaylı kast olarak ifade edilebilir. Türk hukuk terminolojisinde tam karşılığı olmayan, İsviçre’de “Absicht” olarak, Türk hukukunda özel kast olarak ifade edilen durum, kastın en ağır derecesidir. “Absicht” belirli bir amaçla hareket etmeyi ifade eder. Bu çerçevede özel kastın gerçekleşmesi için failin, bir davranışta bulunma amacının başkasına zarar vermek olması gerekir. TBK.m.49/II’nin

⁸¹ Akyol, s. 12 vd.; Barlas, s. 422-423; Gürpınar, s. 121; Oftinger/Stark, II/1, §4, No. 197; Kapancı, s. 15-16.

⁸² Barlas, s. 423; Kapancı, s. 15-16.

⁸³ Ateş, s. 189; Gürpınar, s. 119.

⁸⁴ Barlas, s. 424-425; Çağlayan Aksoy, s. 374-375; Gürpınar, s. 122 vd.

koşullarının oluşması için özel kast aranırsa, fail, yalnızca davranışının tek amacının zarar vermek olduğu durumlarda sorumlu tutulabilecektir. Doğrudan (Alelaide, Basit) kast, failin bir başkasının zarar görebileceğinin bilincinde olduğu ve bu zararlı sonucun gerçekleşmesini istediği durumları ifade eder. Dolaylı (ihtimali, olası) kast durumunda ise fail zararlı sonucun gerçekleşebileceğini öngörmekle birlikte, zararın gerçekleşmeyeceğini ümit etmekte, ancak zararın gerçekleşmesini de göze almış olmaktadır⁸⁵.

Türk-İsviçre doktrininde TBK.m.49/II hükmünün uygulanabilmesi için hangi tür kastın gerekli olduğu konusunda görüş birliği olmamakla birlikte⁸⁶ hakim görüş özel kastın aranmaması gerektiği, doğrudan ve dolaylı kastın da TBK.m.49/II çerçevesindeki sorumluluk için yeterli olduğu yönündedir⁸⁷. Diğer görüş ise, özel kast aranması gerektiğini, böylelikle çok geniş bir uygulama alanına sahip olabilecek nitelikte olan ahlaka aykırılık kavramının kontrollü ve sınırlı uygulanmasının sağlanacağını ileri sürmektedir⁸⁸.

Hakim görüşün gerekçesi, ağır koşulları sebebiyle zaten dar bir uygulama alanı bulunan TBK.m.49/II hükmünün, koşul olarak özel kastın aranması durumunda, içi boş bir hale geleceğidir⁸⁹. Çünkü çoğu durumda fail birine zarar verme amacıyla bir davranışta bulunmuş olsa bile tek amacı zarar vermek değildir. Böyle durumlarda TBK.m.49/II anlamında kasten zarar verme unsurunun gerçekleşmediği sonucuna varmak, hükmün uygulanma ihtimalini ortadan kaldıracaktır.

Bizim kanaatimiz de TBK.m.49/II'nin uygulanabilmesi için özel kastın aranmaması, doğrudan veya dolaylı kastın yeterli kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Zira hükmün metninde bu kabule engel teşkil edecek bir husus yoktur⁹⁰. Ayrıca aksi durumun kabulü halinde TBK.m.49/II'nin zaten

⁸⁵ Çağlayan Aksoy, s. 374-375.

⁸⁶ OR. Art.41/II'de kullanılan "Absicht" kelimesi, teknik anlamda kastın en ağır türünü ifade etmek için kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra "Absicht" kelimesinin teknik anlamı dışında kast anlamında kullanıldığı durumlar da mevcuttur. Buna karşılık Alman Medeni Kanununda (BGB) genel anlamda kastı ifade eden "Vorsatz" sözcüğü kullanılmıştır. Bu farklı sözcük kullanımları, bu madde gereğince aranacak kastın niteliğine ilişkin olarak farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur, bu konuda bkz. **Barlas**, s.424; **Gürpınar**, s. 123; **Kapancı**, s. 28 vd.; **Çağlayan Aksoy**, 370 vd.

⁸⁷ **Barlas**, s. 424; **Çağlayan Aksoy**, s. 370 vd.; **Heierli/Schneider**, Art. 41, No. 42; **Honsell/Isenring/Kessler**, §7, No. 7-8; **Oftinger/Stark**, II/1, §4, No. 218-219; Ayrıca bkz. **Gürpınar**, s. 123.

⁸⁸ **Brehm**, Berner Kommentar, Art. 41, No. 243-244; **Kapancı**, s. 31.

⁸⁹ **Barlas**, s. 425, s. 428-429; **Çağlayan Aksoy**, s. 372.

⁹⁰ Hükümde kullanılan "Absicht" kelimesinin, teknik anlamı olan kastın en ağır hali anlamında kullanıldığına ilişkin hiçbir gerekçe olmadığı yönünde **Barlas**, s. 425.

oldukça daralmış olan uygulama alanı⁹¹ neredeyse ortadan kalkacaktır. Hükümün uygulanabilmesi için özel kastın aranması gerektiği kabul edilirse, inceleme konumuz olay açısından da çoğu durumda, inanan kişinin, taşınmazı inanılan kişiden devralan üçüncü kişiye TBK.m.49/II çerçevesinde başvurma imkanı kalmayacaktır. Oysa somut olay açısından söz konusu durumun adalet ve vicdan duygularını incittiği açıktır. Zira taşınmazın, inanılan tarafından üçüncü kişiye devredildiği hallerde, üçüncü kişide zarar verme kastı yoksa, inanan, devralan kişiye karşı herhangi bir talepte bulunamayacak, yalnızca inanılardan borca aykırı davranışı sebebiyle tazminat talep edebilecektir.

Doktrindeki hakim anlayışa göre TBK.m.49/II anlamında sorumluluğun söz konusu olabilmesi için zarara yönelik bir kastın varlığı yeterli olup failin ahlaka aykırılık bilincine sahip olması gerekli değildir. Davranış, kişinin bireysel ahlakına aykırı olmasa bile objektif olarak genel ahlaka aykırı kabul edilebiliyorsa, bu durum sorumluluğun doğumu için yeterlidir. Ahlaka aykırılığın tespitinde objektif kriter esas alınmaktadır. Ancak failin, davranışının ahlaka aykırı olduğunun farkında olup olmaması sübjektif bir kriterdir. Dolayısıyla failin ahlaka aykırılık bilincinin dikkat alınması ahlaka aykırılığın tespitinde objektif kriterin esas alınması şeklindeki kabule aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca failin objektif ahlaka göre farklı bir ahlak anlayışına sahip olması durumunda, bu olumsuz niteliğin failin sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurması kabul edilemez⁹².

3. El ve İşbirliği İle Hareket Kavramının Dayanağı Olarak TBK.m.49/II Hükümünün Uygulanmasının Hukuki Sonucu

İnanılan kişi ile taşınmazı devralan üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin muvazaa sebebiyle geçersiz olmadığı hallerde, Yargıtay kararlarında kullanılan el ve işbirliği ile hareket kavramının dayanağının TBK.m.49/II olarak tespiti gerekir.

Bu durumda inanan kişi, inanılardan zararının tazminini sözleşmeye aykırılığa dayanarak, taşınmazı devralan üçüncü kişiden ise ahlaka aykırı davranışla başkasına zarar verme hukuki sebebine (TBK.m.49/II) dayanarak isteyebilecektir (TBK.m.61)⁹³. Dolayısıyla inanan kişinin, inanılana ve

⁹¹ Hükümün uygulama alanının daralmasının sebepleri hakkında bkz. **Barlas**, s. 420.

⁹² **Barlas**, s. 427; **Çağlayan Aksoy**, s. 378-379; **Honsell/Isengrig/Kessler**, §7, No. 7; **Kapanıcı**, s. 21.

⁹³ Müteselsil sorumluluğa ilişkin olarak bkz. **Yağcıoğlu**, s. 16 vd.

üçüncü kişiye karşı sahip olduğu talep haklarının hukuki dayanağı farklı olsa da her iki talep hakkının içeriği de tazminattır.

Türk Borçlar Kanununun 51. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Hakim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” Bu hüküm gereğince zararın giderilmesi, nakden tazmin şeklinde olabileceği gibi aynen tazmin şeklinde de olabilir. İnceleme konumuz olay açısından uyuşmazlığın çözümü hakim tarafından durumun gereği dikkate alınarak aynen tazmine karar verilmesi suretiyle sağlanacaktır. Böylece inanılan kişinin zararı, inançlı işlem konusu taşınmazın inanan kişiye iade edilmesine karar verilmesi suretiyle giderilecektir⁹⁴.

SONUÇ

Yargıtay kararlarına bakıldığında, inançlı işlemlerde inanılan kişinin taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devretmesi durumunda, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, mülkiyeti devralan kişiye karşı açılan tapu sicilinin düzeltilmesi davasının kabul edildiği görülmektedir. Kararlarda genel olarak dayanak noktası yapılan hüküm TMK.m.1023. maddesidir. Yargıtay, el ve işbirliği içinde hareket eden kişinin TMK.m.1023’ün koruyuculuğundan yararlanamayacağını ifade ederek tapu sicilinin düzeltilmesi kabul etmektedir. Bunun yanı sıra bazı Yargıtay kararlarında da işlemin muvazaalı olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmektedir.

İnançlı işlem, inanan kişinin malvarlığına dahil bir hakkı, borcuna teminat teşkil etmesi veya yönetilmesi amacıyla inanılana devrettiği, inanılanın da söz konusu malı veya hakkı tekrar inananı devretmekle yükümlü

⁹⁴ **Kapancı**, s. 153; **Oğuzman/Öz**, s. 363; Ancak bu noktada inanan kişinin, inanç anlaşmasından doğan borcunu ifa etmiş olup olmadığı da önem taşır. İnanan kişi, inanılan kişiye olan borcunu ifa etmedikçe taşınmazın kendisine devredilmesini talep edemeyecektir, bkz. **Yarg. 1.HD, 3.3.2010 T., E. 2010/1003, K. 2010/2330**: “...*davacının aldığı borcu ödeyip ödemediğinin yemin de dahil gösterilen deliller değerlendirilmek suretiyle açıkça saptanması; ödenmediğinin anlaşılması halinde, davacının karşılıklı edimleri içeren inanç sözleşmesine dayanarak inanç konusu taşınmazın tapu kaydının iptalini ve adına tescilini isteyebilmesi için B.K.’nin 81. maddesi uyarınca öncelikle kendi edimini yerine getirmesi zorunluluğu gözetilerek kendisine borç bedelini depo etmesi için süre tanınması, depo edildiği takdirde ikinci el konumundaki davalı Nilgün’ün iyiniyetli bulunup bulunmadığının tespiti bakımından, davalı Murat ile el ve işbirliği içerisinde hareket edip etmediğinin, aralarındaki işlemin danışıklı olup olmadığına toplanmış ve toplanacak tüm delillerle açıklığa kavuşturulması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile yazılı olduğu üzere hüküm kurulması isabetsizdir.*” (www.sinerji.com) (Erişim T.: 16.2.2021); Ayrıca bkz. **Güvenç**, s. 164 vd.

olduğu bir borç ilişkisidir. İnançlı işlemler, inanç anlaşması ve inançlı devir işlemi olmak üzere iki ayrı unsurdan oluşur. İnanç sözleşmesi hakkın devrinin hukuki sebebini oluşturan ve tarafların karşılıklı borçlarını düzenleyen bir borç ilişkisi niteliğindedir. İnançlı işlemleri muvazaalı sözleşmelerden ayıran en önemli husus, inançlı işlemlerin ciddi işlemler olmasıdır. Bu sebeple bir taşınmaz devrinin inançlı olması geçersizlik sebebi değildir ve inanılan kişi, kendisine devredilen taşınmazın gerçek anlamda maliki olmaktadır. Bu sebeple böyle bir durumda yolsuz tescilin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Oysa Yargıtay kararlarında el ve işbirliği ile hareket kavramının hukuki dayanağı olarak TMK.m.1023 hükmü gösterilmektedir. Ancak TMK.m.1023'ün uygulama alanı bulabilmesi için yolsuz tescilin mevcut olması gerekir. İnançlı işlemlerde yolsuz tescil söz konusu olmadığından, inanılan tarafından üçüncü kişiye yapılan devirlerin, TMK.m.1023 hükmü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Yargıtay kararlarında el ve işbirliği kavramını açıklamak için kullanılan bir diğer kavram muvazaadır. El ve işbirliği ile hareket kavramının, koşulları gerçekleşmişse muvazaalı kavramıyla açıklanması mümkündür. İnanılan kişi ile taşınmazı devralan kişi arasındaki sözleşmenin muvazaalı olması durumunda, yapılan borçlandırıcı işlem ve buna bağlı olarak yapılan tescil işlemi geçersiz olacak; devralan kişi adına olan tescil de yolsuz tescil teşkil edecektir.

İnanılan kişi ile taşınmazı devralan üçüncü kişi arasındaki sözleşme muvazaalı sebebiyle geçersiz değilse, bu durumda el ve işbirliği ile hareket kavramının hukuki dayanak noktası olarak başvurulabilecek hüküm TBK.m.49/II'dir. İnanılan ile inanan arasında yapılan inanç anlaşması nisbi nitelikte olduğundan bu anlaşmadan doğan iade borcu kural olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Ancak istisnai bazı durumlarda, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında üçüncü kişinin de inanılan kişinin borcunu ifa etmemesinden sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir. Bu istisnanın dayanağı TBK.m.49/II hükmüdür.

Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, TBK.m.49/I'in kapsamına girmeyen istisnai durumlarda devreye giren ve sorumluluk alanını genişleten tali nitelikte bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hükme göre, "*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*"

Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinin ikinci fıkrası anlamında ahlak, bireysel ve sübjektif ahlak olmayıp toplumun geneline hakim olan objektif ahlak anlayışıdır. Kasten zarar verme unsurunun gerçekleşmiş sayılması için bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüş, özel kastın aranmaması gerektiği, doğrudan ve dolaylı kastın yeterli olduğu yönündedir. Zira hükmün metninde bu kabule engel teşkil edecek bir husus olmadığı gibi özel kastın gerektiği kabul edilirse inceleme konumuz olay açısından da çoğu durumda, inanan kişinin, taşınmazı devralan üçüncü kişiye TBK. m.49/II çerçevesinde başvurma imkanı kalmayacaktır. Oysa somut olay açısından söz konusu durumun adalet ve vicdan duygularını incittiği açıktır.

Bu çerçevede inanan kişi zararının tazminini, inanılandan sözleşmeye aykırılığa dayanarak, taşınmazı devralan üçüncü kişiden ise ahlaka aykırı davranışla başkasına zarar verme hukuki sebebine (TBK.m.49/II) dayanarak isteyecektir. TBK.m.51/I hükmü gereğince uyuşmazlığın çözümü hakim tarafından durumun gereği dikkate alınarak aynen tazmine karar verilmesi suretiyle sağlanacaktır. Böylece inanılan kişinin zararı, inançlı işlem konusu taşınmazın inanan kişiye iade edilmesine karar verilmesi suretiyle giderilecektir.

KAYNAKÇA

- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2018.
- Akünel**, Teoman: “Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması”, Yargıtay Dergisi, C.14, S.5, Temmuz 1988, s. 222-237.
- Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Antalya**, Gökhan/**Topuz**, Murat: Eşya Hukuku, C.IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Atamer**, Yeşim: Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 1996.
- Atamulu**, İsmail: Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Hukuka Aykırılık, Birinci Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Barlas**, Nami: “Başkasının Sözleşme İlişisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010.
- Brehm**, Roland: Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41 - 61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 4. Auflage, Bern 2013.
- Buz**, Vedat: “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK.m.60 Üzerine Düşünceler”, Batider, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 19-57.
- Çağlayan Aksoy**, Pınar: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık AŞ., İstanbul 2016.
- Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat: Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuk Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Ertas**, Şeref: Eşya Hukuku, 11. Baskı, Fakülteler Yayınevi, İzmir 2014.
- Fellmann**, Walter: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band/Nr. VI/2/4, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Bern 1992.
- Gabriel**, Bruno: Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR, Huber Druck, Entlebuch 1987.
- Gautschi**, Georg: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band/Nr. VI/2/3, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Gürpınar**, Damla: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk, Güncel Yayınevi, İzmir 2006.
- Güvenç**, Özgür: Taşınmazların İnançlı İşleme Devri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Hatemi**, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.
- Heierli**, Christian/**Schneider**, Anton K.: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
- Honsell**, Heinrich/**Isenring**, Bernhard/**Kessler**, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. Aufl. Schulthess Juristische Medien AG Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2013.
- Kırca**, Çiğdem: Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2004.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip/**Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, 5. Basıdan tıpkı 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Kurtulan**, Gökçe: “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHF - HAD, C.23, S.1, s. 465-503.

- Oftinger, Karl/Stark, Emil:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II, Teilband 1, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1987 (II/1)
- Oftinger, Karl/Stark, Emil:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1995 (I)
- Oftinger, Karl:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd.1, 4. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1975.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018. (I)
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017. (II)
- Oktay-Özdemir, Saibe:** “Yargıtay’ın MK.m.1023’ün Yanlış Uygulandığı Üç Kararının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, C.I: Eşya Hukuku (20 Ekim 2016), Editörler: Prof. Dr. Tufan Ögüz/Prof. Dr. Baki İlkey Engin, İstanbul 2017, s. 199-223.
- Rey, Heinz:** Die Grundlagen des Sachenrechts und Das Eigentum, Band 1, 3. Aufl., Staempfli Verlag AG, Bern 2007.
- Schmid, Jörg/Hürlimann-Kaup, Bettina:** Sachenrecht, 4. Aufl., Schulthess, Zürich 2012.
- Sirmen, Lale:** Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Tıpkıbasım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993. (Borçlar)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla:** Tekinay Eşya Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989. (Eşya)
- Topuz, Murat:** Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Wiegand, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Yakuppur, Sendi: Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Basım, İstanbul 2014.

DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI SONRASI LİMİTED ŞİRKETLERDEKİ KANUNİ TEMSİLCİ VE ORTAKLAR ARASINDAKİ SORUMLULUK İLİŞKİSİNDE ORTAYA ÇIKAN SIRA VE RÜCÛ SORUNU

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899953>

Dr. Öğr. Üyesi Burak PINAR*

Öz

Limited şirketlerde, tüzel kişilikten tahsil edilemeyen kamu alacaklarının takibinde ortak(ların) ve kanunî temsilcilerin sorumluluğunda sıra hususu, öteden beri tartışmalı olup iki farklı usul kanununda yani Vergi Usul Kanunu ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, sadece sorumluluk açısından düzenleme öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeler ile şirket ortağı ile kanunî temsilcisi arasında bir öncelik ve sonralık ilişkisi düzenlenmemiş, bir boşluk bırakılmıştır. Dolayısıyla her iki usul kanunu sorunu çözen bir düzenleme içermemektedir. Yargı organları ise farklı görüşlere sahip olarak uyuşmazlıkları çözmeye çalışmış, sonunda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, şirket ortağı ile kanunî temsilci arasında bir öncelik ve sonralık ilişkisi olmadığı, alacaklı kamu idaresinin kamu alacağının takip ve tahsilinde dilediğine başvurabileceği yönünde karar vermiştir. Kararın sorunu çözmediği, tahsil sonrası müteselsil sorumluluğa dayalı rücu ilişkisinin gündeme geleceği dikkate alındığında, sorunun müteselsil sorumluluk ilke ve esaslarından yararlanarak çözümünün mümkün olup olmadığı, kararında yer alan gerekçeler, karşı oylar ve farklı daire tutumları ile doktrinde konuya ilişkin açıklanan görüşler doğrultusunda sorumluluğun nitelikleri ve özellikleri ele alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kamu alacağı, Limited şirket, Kanunî temsilci, Şirket ortağı, Sorumluluk, sorumlulukta sıra, Öncelik ve sonralık, Kusur sorumluluğu, Kusursuz sorumluluk

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: pinarburak@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9163-3094> (Makalenin Geliş Tarihi: 16.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 20.07.2020/Makale Kabul Tarihi: 06.09.2020)

**THE ORDER AND REVOCATION PROBLEMS ARISING
IN THE LIABILITY RELATIONS BETWEEN THE LEGAL
REPRESENTATIVES AND PARTNERS IN LIMITED COMPANIES
AFTER THE STATE COUNCIL
PRECEDENTS ASSEMBLY DECISIONS**

Abstract

In limited companies, the issue of order under the responsibility of the partners and legal representatives about uncollectible public claims of legal persons, are controversial for a long time. In two different procedural laws, namely the Tax Procedure Law and the Law on The Procedure for the Collection of Public Receivables, a regulation has been stipulated only in terms of responsibility. With the mentioned regulations, a priority and subsequent relationship has not been arranged between the company partner and its legal representatives and a legal gap has been left. Therefore, both procedural laws do not contain a regulation that solves the problem. On the other hand, judicial bodies tried to solve the disputes by having different opinions, and in the end the State Council Board of the Unification of Case Laws decided that there was no priority or subsequent relationship between the company partner and the representative. So, the creditor could apply to any person in the pursuit and collection of the public receivables of public administration. Considering that the decision does not solve the problem, revocational relations based on joint responsibility will become a current issue, if it is possible to solve the problem by using the essentials and principles of joint liability, the reasons included in the decision, opposing votes and different attitudes of the departments and the explained comments in the doctrine, will be handled and examined in quality and speciality of the responsibility.

Keywords

Public receivable, Limited company, Legal representative, Shareholder, responsibility, Order, Priority and retention in liability, Responsibility for defect, Strict liability

GİRİŞ

Vergi usul hukukunda ve kamu icra hukukunda limited şirketten tahsil edilemeyen kamu alacağının kanunî temsilci ve/veya ortaklardan tahsilinde sıra sorunu, hukukî düzenlemelerdeki boşluk nedeniyle üzerine görüş birliği sağlanamayan ve içtihat birliğini zorunlu kılan bir sorun olarak bugünlere gelmiştir. Yargısal yorumların üzerinde birlik sağladığı husus, Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesi ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35'inci ve mükerrer 35'inci maddelerde düzenleme bulunmadığı noktasında toplanmakta bunun yanında söz konusu boşluğun idareye serbesti tanındığı sonucuna varılarak kamu borçlusu aleyhine sonuçlara da varılmaktadır. Aksi yönde kararlarda ise önce kanunî temsilciye başvuru, kamu alacağının tahsil edilememe halinde şirket ortağının sorumluluğu yoluna gidilebileceği yönünde sıra izlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Söz konusu görüş farklılıkları, yargı kararları arasında bir içtihat birliği sağlanması adına içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş ve sorumluluk noktasında bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmadığı yönünde içtihatlar birleştirilmiştir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı görüş farklılıklarını gidermiş ancak bu kez yapılan tahsil sonrası rücu hükümlerinin işletilmesi hususundaki hukukî düzenleme zorunluluğu kendini göstermiştir¹. Bu çalışmada kararın analizi yapıldıktan sonra rücu yönüyle oluşturduğu boşluğun giderilmesinin müteselsil sorumluluk ve rücu hükümleri karşısında mümkün olabilirliği incelenmektedir.

I. DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 11.12.2018 gün ve 2013/1 Esas, 2018/1 Karar ve tarihli kararı² ile Danıştay Vergi Dava Daireleri

¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2014/144 E., 2014/307 K. ve 30.04.2014 tarihli kararındaki;

“... 213 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca, kanunî temsilciler, yerine getirmeleri gereken şirkete ait vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu tutuldukları hâlde limited şirket ortakları doğrudan doğruya sorumlu tutulduğundan ve kanunî temsilciler borcun tamamından müteselsilen sorumlu oldukları hâlde ortakların sorumluluğu sermaye payına isabet eden borçlarla sınırlanmış olup, kanunî temsilcilere rücu olanağı sağlanmış iken ortaklara böyle imkân tanınmadığından, iki ayrı sorumluluk durumunun aralarında sıralama yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı gibi Kanun'da da böyle bir öncelik sıralaması yapılmadığı.”

şeklindeki gerekçesiyle İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı'na rücu yönüyle de kaynaklık etmiş, özellikle ortaklıklar yönüyle rücu imkanı yokluğu sebebiyle tahsilatta sıra aranması gerektiği de kararın verilmesinde etkili olmuştur.

² RG. 20.06.2019-30807.

arasındaki görüş farklılıkları ortadan kalkmış ve Üçüncü, Dördüncü, Yedinci Daire ile Danıştay Savcısı'nın görüşlerinin etkisiyle³, Dokuzuncu Daire'nin aksi görüşüne karşılık, limited şirketlerden tahsil edilemeyen/edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarından ortaklarının ve kanunî temsilcilerin sorumluluğu yoluna gidilirken herhangi bir öncelik-sonralık olmadığı; bu nedenle kanunî temsilci ile şirket ortakları arasında bir sıra olmadığından alacaklı idarenin (öncelikle) dilediğine başvurabileceği yönünde içtihatları birleştirmiştir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, limited şirket ortakları ile kanunî temsilcileri arasında bir öncelik sonralık olup olmadığı noktasında oy çokluğu ile bir karar vermiştir. Söz konusu karara göre Vergi Usul Kanunu ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da, vergi borcunun tahsili için önce kanunî temsilciye mi yoksa ortağa mı gidileceği hususunun düzenlenmediğini, buna karşılık Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35'inci maddesi ile ortakların sorumluluğu hakkında hüküm getirilmesinin kanunî temsilciye gidilmeden de ortağa gidilebilmesini sağlamak amacını taşıdığı ifadesi ile "*kamu alacağını koruma*" ve "*hızlı bir tahsil sağlama*" düşüncesinden hareketle öncelik-sonralık ilişkisi olmadığı yönünde içtihatlar birleştirilmiştir. Bunun yanı sıra kararda iki farklı ve temelinde Dokuzuncu Daire'nin içtihadını benimseyen karşı oy bulunmaktadır. Buna göre;

"limited şirketlerde vergi ve buna bağlı alacakların şirketin varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi durumunda, özel hüküm niteliğindeki 213 sayılı Kanun'un 10. maddesinin uygulanması ve kanunî temsilcinin varlığından takip ve tahsile öncelik verilmesi, daha sonra şirket borçlarından müteselsil sorumlu olan ortak veya ortakların 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinde öngörüldüğü üzere sermaye hissesi oranında sorumluluğuna gidilmesi"; diğerine göre ise "hukukî belirlilik ilkesinin uygulanması bakımından idarelere yol gösterilmesi ve idare edilenler açısın-

³ Söz konusu görüşler; "kanunî temsilcilerin, yerine getirmeleri gereken şirkete ait vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu tutuldukları hâlde limited şirket ortaklarının doğrudan doğruya sorumlu tutulduğu; kanunî temsilcilerin borcun tamamından müteselsilen sorumlu oldukları hâlde ortakların sorumluluğunun sermaye payına isabet eden borçlarla sınırlanmış olduğu; kanunî temsilcilere rücu olanağı sağlanmış iken ortaklara böyle imkân tanınmadığından, iki ayrı sorumluluk durumunun aralarında sıralama yapılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı gibi Kanun'da da böyle bir öncelik sıralaması yapılmadığı; kanunî temsilciler ve ortakların birbirinden farklı takibat usulüne tabi tutulduğunu; ortak noktanın şirketten tahsil kabiliyeti kalmayan bir kamu alacağının bulunmasına ilişkin koşulun olduğu" şeklindeki ortak noktalarda toplanmış ve karara esas alınmıştır.

dan da hukukî güvence oluşturulması için öncelik sıralamasının önemsenmesi; öncelik sıralamasında da, şirket ortaklarından başlanması ve tahsil imkansızlığı halinde şirket kanunî temsilcisine sonraki aşamada yönelmesi hukukî belirlilik ilkesini hayata geçirecek ve hukuka uygunluk oluşturacaktır”

gerekçelerine yer verilmiş⁴, düzenleme boşluğunun bulunmasının “hukukî güvenlik” nedeniyle idare adına dar yorumlanması gerektiği ve sıra zorunluluğu gerektirdiğine vurgu yapılmıştır.

II. LİMİTED ŞİRKETLERDE KAMU ALACAKLARININ TAHSİLİNDE SORUMLULUK REJİMİ

Limited şirket, Türk Ticaret Kanunu’nun 573’üncü maddesine göre *bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan şirkettir*. Bunun yanı sıra düzenlendiği yer itibarıyla limited şirket, sermaye şirketleri içerisinde yer alan bir şirket türüdür. Ortakların şirket borçlarından şahsi malvarlığı ile bir sorumluluğu olmayıp sermaye paylarını ödemekle sorumludur⁵. Limited şirketlerin doğuşu ve gelişiminde en önemli özellik de ortakların (bu) sınırlı sorumluluğudur. Serbest piyasa açısından bu husus, şirket türündeki tercihi öne çıkarsa da kamu alacakları söz konusu duruma istisna oluşturmaktadır.

Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 35’inci maddesine göre, kamu alacaklarının tahsilinde, sermaye paylarıyla sınırlı olarak “doğrudan” sorumluluk esasını benimsenmektedir. Münhasıran limited şirket ortaklarına ilişkin olan bu kanunî düzenleme, diğer şirketler bakımından uygulama alanı bulmamakta; düzenleme ile kamu alacağına bir ayrıcalık

⁴ Kararı müteakip verilmiş Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı bulunmakta olup “20/06/2019 tarihli ve 30807 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 11/12/2018 tarih ve E:2013/1, K:2018/1 Sayılı kararında limited şirket tüzel kişiliğinden tahsil edilmeyen veya edilemeyeceği anlaşılan vergi borcunun takip ve tahsiline ilişkin olarak 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nda ve 6183 Sayılı Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da, kanunî temsilci ile ortak arasında bir öncelik sıralaması bulunmadığından, limited şirketin vergi borcunun tahsilinde ortağın takibine başlanabilmesi için kanunî temsilcinin takibinin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” denilerek içtihatları birleştirme kurulu kararına gönderme yapılmıştır. Dş. VDDK 18.09.2019 gün ve E.2019/243, K.2019/635 (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.03.2020). Ayrıca içtihatları birleştirme kurulu kararı öncesi aksi görüşte olan Danıştay 9. Dairesi de 27.02.2020 gün ve E.2017/3665, K.2020/1300 sayılı kararı ile içtihatları birleştirme kurulu kararına gönderme yapmıştır (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.05.2020).

⁵ **Altay**, Soner: “Limited Şirket Ortaklarından Ek Ödeme Talebinde Bulunmanın Koşulları”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C. 13, S. 152, 2017 (Ek Ödeme), s. 1958-1959.

tanınmış olmaktadır⁶. Bunun uzantısı olarak, limited şirket ortağının sermaye borcunu ödemesine rağmen sermayenin sonradan yok olması dahi, hissesi oranındaki “doğrudan” sorumluluğuna engel olmamakta; hissesi oranında, şahsî malvarlığı ile kamu alacağından sorumluluk devam etmektedir. Ancak söz konusu sorumluluk rejimi, şirketten “*tahsil edilememe*” veya “*tahsil edilemeyeceği anlaşılmama*” şartının gerçekleşmesi halinde doğmaktadır.

Kamu alacaklarındaki ortakların sorumluluğuna ilişkin ayrıcalıklı düzenleme dışında Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un mükerrer 35’inci maddesi, kanunî temsilcilerin sorumluluğu konusunda da kamu alacaklarına ayrıcalık tanınmakta, “*şahsî sorumluluk*” esası getirilmektedir. Ortakların “doğrudan” sorumluluk esasına benzer bir sorumluluk rejimi burada da kendini göstermekte, şirketten “*tahsil edilememe*” veya “*tahsil edilemeyeceği anlaşılmama*” şartının gerçekleşmesi halinde sorumluluk söz konusu olmaktadır⁷. Buna göre kamu alacağının (asıl) mükelleften istenilmedikçe (vergi) sorumlu(sun)dan istenilmesi mümkün olmayacağından⁸, ön koşul niteliğinde olan bu husus çerçevesinde, asıl kamu borçlusunun malvarlığından kamu alacağının tahsili için şekli ve maddi yolların tüketilmesi gerekmektedir⁹.

⁶ **Kaya**, İlknur: “Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştayın 2013/1 E. ve 2018/1 K. Sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 2020, (s. 133-157), s. 134.

⁷ “Davacıdan ödeme emri ile tahsili cihetine gidilen kamu alacağının usulüne uygun olarak kesinleşip kesinleşmediği ve asıl kamu alacağının borçlu şirketten tahsilinin olanaksız hale gelip gelmediği yönünde yapılacak bir inceleme ve değerlendirme üzerine Vergi Mahkemesince davacının hisse oranı ve vergilendirme dönemi dikkate alınarak yeniden bir karar verilmek üzere vergi mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.”, (Dş. VDDK. 18.09.2019 gün ve E.2019/8, K.2019/587. (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.03.2020).

⁸ Vergi hukukunda “*sorumluluğun feriliği*” olarak adlandırılan söz konusu ilkeye göre, vergi borcunun öncelikle asıl borçlu olan mükelleften talep edilmesini, ondan sonra vergi sorumlusundan istenilmesi mümkündür. Diğer bir ifade ile vergi borcunun asıl yükümlüden talep edilmedikçe vergi sorumlusuna başvurulmaması, sorumluluğun feriliği ilkesini oluşturur. Bkz. **Öncel**, Mualla/**Kumrulu**, Ahmet/**Çağan**, Nami/**Göker**, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 28. Bası, Ankara, 2019, s. 88; **Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (Genel Vergi), s. 236; **Saban**, Nihal: Vergi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 118. “Fer’i Vergi Borçlusu Durumundakilerin Sorumluluğu Halleri” başlığı altında inceleme için bkz. ve krş. **Gerçek**, Adnan: “Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s. 157-193 (Vergi Sorumlusu), s. 170.

⁹ **Taşkan**, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019. s. 130. Krş. **Çelik**, Binnur: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku),

Tahsile ilişkin sorumluluk rejimindeki paralellik, sorumluluğun sebebi ve rücu imkânı yönünden farklılık göstermekte, söz konusu farklılık Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesinden kaynaklanmaktadır. Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesi uyarınca, kanunî temsilciler, yerine getirmeleri gereken şirkete ait vergisel ödevlerin yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu tutuldukları hâlde limited şirket ortakları doğrudan doğruya sorumlu tutulmaktadır¹⁰. Sorumluluğun sınırının tespit edilmesinde ve rücu ilişkisinde, kanunî temsilcisinin (vergisel) ödev(ler)in yerine getirilmemesi halinde bir kusuru olmadığını ispat etmesi¹¹, aksi halde, yani, ödevlerin yerine geti-

3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 113. Söz konusu tüketimden kasıt, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan "Cebren Tahsil" başlığını taşıyan Birinci Bölümdeki cebren tahsil ve takip esaslarının uygulanması gerekir. Dolayısıyla ödeme müddeti içinde ödenmeyen kamu alacağının tahsil dairesince cebren tahsil edilmesi; cebren tahsilin, kamu borçlusu tahsil dairesine teminat göstermiş ise teminatın paraya çevrilmesi yahut kefilin takibi, kamu borçlusunun borcuna yetecek miktardaki mallarının haczedilerek paraya çevrilmesi, gerekli şartlar bulunduğu takdirde borçlunun iflasının istenmesi yollarından biri ya da birden çoğunun tatbik edilme zorunluluğudur. Dolayısıyla öncelikle şirketin borca yeter malvarlığı olup olmadığına yönelik olarak şirket hakkında cebren tahsil sürecine yönelik işlemler yapmaksızın kanunî temsilci veya şirket ortağının sorumluluğu yoluna gidilmesi, hukuka aykırılık taşımaktadır. "Gerek Vergi Usul Kanununun 10.maddesi ve gerekse 6183 sayılı Kanunun 35. maddesi uyarınca kanunî temsilcilerin veya ortağın sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle vergi borcunun şirket tüzel kişiliğinden aranmasının ve şirket varlığının borcu karşılamadığının, tahsil imkanı kalmadığının saptanmış olması gerekeceği, olayda ise mahkemelerinin Ara Kararı ile vergi dairesi müdürlüğünden şirket tüzel kişiliği hakkında herhangi bir takip işlemine başvurulup vurulmadığının, takibin sonuçsuz kalma nedenlerinin, şirket varlığının borca yetip yetmediği hususunda bir tesbit yapıp yapılmadığının sorulmuş olmasına ve tesbit yapılmış ise belgelerinin istenmiş bulunmasına karşın, buna ilişkin bir belgenin ibraz edilmediğinin Danıştay kararıyla da kabul edildiği, bu durumda kanunî temsilci olmadığı saptansa bile tüzel kişi hakkında yapılan takibat menfî yönde sonuçlanmadan 6183 sayılı Kanunun 35.maddesi uyarınca da ödeme emri düzenlenmeyeceği gerekçesiyle Kararlarında ısrar edilmesi yolunda verilen kararın bozulması isteminden ibarettir.", (Dş. VDDK, 30.01.1987 gün ve E.1986/24, K.1987/2), (www.lexpera.com.tr), (T.T. 01.03.2020). Ayrıca bkz. Dş. VDDK, 29.05.2013 gün ve E.2011/573, K.2013/204, (www.lexpera.com.tr), (T.T. 01.03.2020).

¹⁰ Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesi irdelendiğinde, kanunî temsilcilerin kamu borçlarından; şirketten tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılması, kanunî temsilcilerin ödevlerini yerine getirmemiş olması, kusurlarıyla limited şirkete ilişkin ödevlerin yerine getirilmemiş olması, tahsil edilememe ile ödevin yerine getirilmemesi arasında uygun illiyet bağı olması şeklindeki dört unsurun birarada bulunması halinde sorumlu olduğu kabul edilmektedir.

¹¹ Bkz. ve krş. **Barlass**, İrfan: Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 172, 173. "Bu madde uyarınca yönetim kurulu üyelerinin kanunî temsilci sıfatıyla takip edilebil-

rilmemesinin kasıt ve ihmal sonucunda olmadığına veya kendi fiilleriyle yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olgusu arasında nedensellik bağı bulunması durumları da dikkate alınacaktır. Yine kanunî temsilciler borcun tamamından müteselsilen sorumlu oldukları hâlde ortakların sorumluluğu sermaye payına isabet eden borçlarla sınırlanmış olup, kanunî temsilcilere rücu olanağı sağlanmış iken ortaklara böyle imkân tanınmamıştır.

Yukarıda bahsedilen ayırım ve olası hukukî sorunlar, limited şirket ortağı ile kanunî temsilcisinin ayrı kişiler olması halinde geçerlidir. Türk Ticaret Kanunu'nun 623'üncü maddesine göre; *şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.* Limited şirketlerde kanunî temsilci olan müdür ile ortağın farklı olması halinde kamu alacağından sorumlulukta sıra önemli hale gelmekte, ortaklık ve vekalet sözleşmesinin nitelikleri kamu alacaklarının tahsili bakımından farklı addedilmemektedir. Oysa, kanundan doğan ve vergi sorumluluğu statüsü ile hükme bağlanan kanunî temsilcilikteki ferî sorumluluk karşısında, şirket ortağının kamu alacakları bakımından aynı sorumluluk rejimine tâbi kılınmasına rağmen vergi sorumlusu sıfatı bulunmamaktadır¹². Buna karşılık şirket ortağının kamu alacaklarından sorumluluğu limited şirkete karşı taahhüt ettiği veya ödediği sermaye borcundan bağımsız¹³, kanundan kaynaklı, kusursuz, ferî ve tahsilat muhataplığı içerikli sermaye payı ile sınırlı olarak bir sorumluluk rejimidir¹⁴; teknik anlamda vergi sorumluluğu niteliği bulunmamakta ve buna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla bir kavram bulma düşüncesiyle, şirket ortaklarının sorumluluğunun tahsilat aşamasında ortaya çıkması nedeniyle "*tahsilat muhataplığı sorumluluğu*" kavramı öne çıkarılmıştır; "*tahsil muhatabı veya*

meleri için sadece yönetim kurulu üyesi olmaları yeterli bulunmamakta, aynı zamanda bu kişilerin görevde buldukları sırada tüzel kişiliği fiilen temsil yetkisine ve tüzel kişiliğe ait vergi borcunun da ödeme iktidarına sahip olmaları, ayrıca vergi borcunun ödenmemesi fiili ile bunların tutumu arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir." Dş. 3.D. 13.11.2000 gün ve E.1999/4600, K.2000/3832, (www.legalbank.net) (E.T. 01.03.2020). Krş. **Kaya**, s. 145.

¹² **Yaralı**, Levent: Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu: Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, (Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu), s. 242.

¹³ **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 2825.

¹⁴ **Gerçek**, Adnan: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011 (Takip ve Tahsil Hukuku), s. 51.

sorumlusu” kavramı önerilmiştir¹⁵. Sadece bu arayış bile, statüsel farklılık nedeniyle Danıştay İçtihadı birleştirme Kararı’nın, konuyu tüm yönleriyle kavramayan bir karar olduğunu göstermektedir. Zira vergisel yükümlülüklerin yerine getirilmesinden vergi dairesine karşı muhatap olan/kanun gereği tutulan kişi ile¹⁶ (vergisel ödevlerin yerime getirilmesi bakımından) hiçbir şekilde vergi dairesine muhatap olmayan kişinin tahsilat bakımından aynı sorumluluk rejimine tâbi tutulması kabul edilebilir nitelik taşımamaktadır. Kaldı ki; Vergi Usul Kanunu’nun şirket kanunî temsilcileri için düzenlediği sorumluluğun kusura dayalı bir sorumluluk, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da yer alan ortak ve kanunî temsilci sorumluluğunun kusursuz sorumluluk niteliği de gözetildiğinde¹⁷, statüsel farklılık ile birlikte sorumluluğun niteliği bakımından da farklılaştırma yoluna gidilmesi zorunluluğunu gerektirmektedir. Yine sorumluluğun zamansal sınırı açısından bakıldığında da, kanunî temsilcinin sorumluluğu, kanunî temsilcilik sıfatının kazanılması ile başlayıp sona ermesi ile ortadan kalkmaktadır; arada kalan, sıfatın taşınmadığı dönem için kanunî temsilcinin sorumluluğu bulunmaktadır. Buna karşılık limited şirket ortakları ile ortak olduğu süre içerisinde doğan kamu alacaklarından ferî nitelikte bir sorumluluğa sahip olmakla birlikte pay devri gerçekleşse dahi ortak, devirden önce şirket ortaklığı bulunan döneme ilişkin sorumlu olmaya devam etmektedir. Devralan ortak ise, kanun gereği devirden önceki borçlardan da sorumludur; ağırlaştırılmış bir rejim söz konusudur. Bu yönüyle bakıldığında da sorumluluğun sınırı bakımından var olan farklılığın, ölçülülük ilkesi bağlamında değerlendirilmesiyle hükme bağlanması gereken sorunun, yargı organı marifetiyle müteselsil sorumluluk rejimine bağlanması suretiyle sonuca vardiırılması, söz konusu nitelendirme ve eş değerlendirme farklılığı ile müteselsil sorumluluk ve rüçü hükümleri-

¹⁵ **Çetin**, Rızkullah: “Limited Şirketin Kamu Borçlarından Kanunî Temsilcilerin ve Ortakların Sorumlulukları”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, C.8, S.89, 2012, s. (197-205), s. 202; **Altaş**, Soner: *Sermaye Şirketlerinin Ortakları ile Kanunî Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, (Vergisel Sorumluluk), s. 202.

¹⁶ **Kaneti**, Selim/**Ekmekci**, Esra/**Güneş**, Gülsen/**Kaşıkcı**, Mahmut: *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 81; **Arslan**, Erdoğan: “Limited Şirket Vergi Borçlarından Ortakların Ödeme Sorumluluğu”, *Vergi Dünyası Dergisi*, Yıl 39, Sayı 459, 2019, (s. 80-99), s. 86. Krş. **Oktar**, S. Ateş; *Vergi Hukuku*, 13. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2018, s. 77.

¹⁷ Bkz. **Candan**, Turgut: *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (Kanun), s.179. Krş. **Çelik**, s. 113; **Yaralı**, Levent: “Anonim Şirketin Vergi Borçlarından Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu”, *Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar*, (Editor: Billur Yaltı), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, (Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu), s. 202.

nin uygulanması yönünde, aşağıda ifade edildiği üzere, hukukî sorunların ve uyumsuzlukların doğmasına sebep olacaktır. İçtihadî Birleştirme Kararı'nda tüm bu hususlar gözardı edilmiş; bir anlamda sermaye sahibi ile vekil, kanun koyucu tarafından öngörülmeleyen bir sorumluluk rejiminin, sıra yönüyle muhatabı haline getirilmiştir. Kanun koyucunun limited şirket ortaklarının ve kanunî temsilcilerinin sorumluluğunun farklı kanunî düzenlemeler ile farklı usul ve esaslara tâbi tutmuş olması bile sıra düzenlemesi yapmaktan kaçındığını ve kanun boşluğu bıraktığını göstermekteyken yargının boşluk doldurma yetkisinin sınırlarının da sorgulanmasının gerektiren İçtihadî Birleştirme Kararı ile düzenleme yokluğu gerekçesi ile fonksiyon gaspı niteliğine varacak bir düzenleme ve sorumluluk rejimi ihdas edilmiştir.

III. DANIŞTAY İÇTİHATLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI İLE TESİS EDİLEN SORUMLULUK REJİMİ

A. Kararın Eleştirisi

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı'nın da özünü oluşturan konu, limited şirketin kamu borçlarından dolayı kanunî temsilci ve şirket ortaklarının takibinde bir sıra olup olmadığıdır. Bu noktada yol gösterici olacak ilk husus, kanunî düzenlemelerde sorumluluğa atfedilen anlamdır.

Vergi Usul Kanunu'nun 10'uncu maddesi ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun 35'inci ve mükerrer 35'inci maddeleri, kanunî temsilci ve ortak arasındaki bir sıralama öngörmemiştir. Her iki kanunda yer alan düzenlemenin ortak noktası, sorumluluğun ferî ve talî olduğu noktasındadır. Ancak bir öncelik ve sonralık düzenlemesi içermemektedir. Bu anlamda sorumlulukta öncelik ve sonralık sırası içermeyen kanunî düzenlemelerin yorumu ve sorumluluğun nitelikleri sorunun tespiti ve değerlendirmelerin temelini oluşturacaktır. Bu noktada kanunî temsilci için öngörülen kusur sorumluluğu temeline dayalı şirket kamu borcu oranında sorumlu, ferî ve talî bir sorumluluk ile kusursuz, ortak olmadan kaynaklı, sermaye payı ile sınırlı ferî ve talî bir sorumluluk bulunmaktadır¹⁸. Dolayısıyla her iki sorumluluk da birbirinden farklı ve bağımsızdır.

İkinci husus, kanun koyucunun, kanunî temsilci yönünden iki farklı kanunî düzenleme ihdas ederek, tahsil açısından, bir nev'i özel kanun –

¹⁸ Bkz. Bumin **Doğrusöz**, "Akli Olan Limitet Şirkete Ortak Olmaz", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/akli-olan-limitet-sirkete-ortak-olmaz/448494>, (Erişim Tarihi, 30.06.2019). Krş. **Oktar**, s. 83. Ayrıca bkz. **Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı**, s. 131.

genel kanun ilişkisi oluşturmaktadır. Vergi Usul Kanunu, 10 uncu maddesinin özel nitelikli bir tahsil hükmü olan ikinci fıkrası ile kamu alacaklarının tahsilini genel hatlarıyla düzenleyen Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre düzenleme ihdas ederek, kapsamı belirlemiştir¹⁹. Vergi Usul Kanunu, kapsamındaki vergi ve vergiye bağlı alacaklar; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun diğer kamu alacakları bakımından uygulama alanı bulacaktır²⁰.

Yukarıda belirtilen iki husus, kanun koyucunun açık ve kapsamı çizerek, ortak ve kanunî temsilci sorumluluk ve takibine ilişkin esasları belirlediğini, bunun dışında, takip ve tahsilde sıra gibi hususları düzenlemeyi tercih etmediğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla buradaki kanun boşluğunun niteliği itibarıyla açık bir kanunî düzenleme olmaksızın sıraya tâbî tutma/tutulma şeklinde bir tercihe konu edinmeye, yargı kararıyla bile olsa, uygun olmadığı düşünülmektedir. Kaldı ki, İçtihadı Birleştirme Kararı'nın (aynen) esas aldığı Tahsilat Genel Tebliği'nin "IX. Kanunî Temsilcilerin Sorumluluğu" başlıklı bölümünün 10'uncü maddesinde;

"6183 sayılı Kanunun 35 ve mükerrer 35 inci maddelerinde yer verilen sorumluluklar ile 213 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde düzenlenen sorumluluk nedeniyle yapılacak takiplerde ortak ve kanunî temsilcilerin takibinde bir öncelik sıralaması söz konusu olmadığından, ortaklar ve kanunî temsilciler hakkında yapılacak takiplere aynı zamanda başlanması gerekmektedir"

şeklindeki idarî yorum²¹ da, idarenin kanunîliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Zira idare hukukunda aslanan, idarenin yetkilerini kullanırken ve yorum yaparken, dayanağını oluşturacak kanunî düzenlemenin varlığıdır. Kanunî düzenleme yokluğu idareye serbesti tanıyacak şekilde yorumlanmamalıdır. Aksi durum kazuistik düzenlemeyi zorunlu kılan kamu hukukunda,

¹⁹ "Vergi Usul Kanununun 10 uncu maddesinin özel nitelikli bir tahsil hükmü olan ikinci fıkrası zımnen veya açık olarak ilga edilmediği için vergi ve buna bağlı alacaklarda 6183 sayılı Yasanın mükerrer 35 inci maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Nitekim Yasanın gerekçesinde de Vergi Usul Kanununun 10 uncu maddesine atıfta bulunulup, 35 inci maddenin diğer kamu alacakları için getirildiği belirtilerek paralel bir düzenlemeyle bu ayrıma gidilmiştir. Bu durumda vergi ve buna bağlı alacaklarda kanunî temsilcilerin takibi için 213 sayılı Yasanın 10 uncu maddesinin uygulanacağı, 6183 sayılı Yasanın mükerrer 35 inci maddesinin ancak diğer kamu alacakları için uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır." Dş. VDDGK 13.06.2003 gün ve E.2002/611, K.2003/320, (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.03.2020).

²⁰ **Candan**, Kanun, s. 187.

²¹ **Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: Açıklamalı ve İçtihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 248.

kanun koyucunun düzenlemediği her konuda idare geniş serbesti tanır ki, kanunilik ilkesinin terkedilmesi ile “*kararilik*²²” ilkesinin benimsendiği dönemin başlamasına sebebiyet verir.

Doktrinde, şirketten tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarının tahsili için öncelikle kanunî temsilcinin sorumluluğu yoluna gidilmesi; kanunî temsilciden de tahsil edilememesi halinde şirket ortaklarının sorumluluğunun işletilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²³. Bu konuda öncelikle limited şirketi malvarlığından kamu alacağının takip ve tahsil edilmesi, kısmen veya tamamen tahsil edilemezse kanunî temsilciden talep ve tahsil edilmesi, yine de tahsil edilemezse hissesi oranında ortaklardan talep ve tahsil edilmesi²⁴; Vergi Usul Kanunu’nun 10’uncu maddesi gereğince kanunî temsilcinin sorumluluğu yoluna gidilmesini; şirketi yöneten ve idare eden, şirket adına ödeme yapması gereken kanunî temsilcinin so-

²² “... kamu maliyesi ve özellikle vergi alanının dinamik yapısı, bu alanın Bakanlar Kurulu ve/ya da Maliye Bakanlığı Kararnameleri ile düzenlenir ve yönlendirilir hale gelmesi, Vergilerin Kararılığı İlkesi olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle, vergilendirme yetkisinin kullanılması bakımından, keyfilikten kanuniliğe; kanunilikten kararılığa geçildiği yönünde bir tesbitin yapılması mümkündür.”, (**Karakoç**, Yusuf: “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s.1259-1308 (Basım Yılı: 2014), s. 1259-1308 (Anayasal Vergilendirme İlkeleri), s. 248).

²³ Bu durumun “Üçüncü Derecede Fer’i Vergi Borçlularının Sorumluluğu Halleri” olarak nitelendirilmesi için bkz. **Gerçek**, Vergi Sorumlusu, s. 175. **Kızılot**, Şükrü/Şenyüz, Doğan/Taş, Metin/Dönmez, Recai: Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2007, s. 201; **Yılmaz**, Kazım: Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, CeKa Yayınları, Ankara 2006, s. 427-428; **Taşkan**, s. 134. Aksi yönde **Coşkun**, Mahmut: Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2016, s. 356; **Deniz**, Muzaffer: Kanunî Temsilcilerin Kamu Alacaklarından Doğan Sorumlulukları, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 42; **Oğuz**, Sefer: “Limited Şirketin Ödenmeyen Kamu Borçlarından Ortakların Sorumluluğunun AYM’nin 5766 Sayılı Kanunun Bazı Hükümlerinin İptal Kararı Işığında Değerlendirilmesi” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, (s. 371-394), s. 388. Ortağa doğrudan ödeme emri gönderilmesini eleştiren bir görüş için bkz., **Üstün**, Ümit Süleyman/**Deniz**, Muzaffer: “Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacaklarına İlişkin Sorumlulukları ve İtiraz Hakları”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C. 14, S. 161, 2018, (s. 1505-1528), s. 1512, 1513. Yargısal yorum yönüyle farklıların olduğu yönünde bkz. **Ayaz**, Eslem: “Limited Şirketlerde Tahsil Edilemeyen Kamu Alacağından Kanunî Temsilci ve Ortakların Sorumluluklarının Takip Sırası”, Yaklaşım Dergisi, S. 218, Mayıs 2011, s. 284-286 (Takip Sırası), s.286; **Ayaz**, Eslem: Limited Şirketlerde Kanunî Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2015 (Sorumluluk), s. 127.

²⁴ **Karakoç**, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Kamu İcra), s. 135; **Karakoç**, Genel Vergi, s. 668. Aynı yönde **Altaş**, Vergisel Sorumluluk, s. 206 vd.

rumluluğun öncelikle uygulanması²⁵ gerektiği; konuya ilişkin kanunî düzenleme yapılması gerekliliğini de ifade edilmektedir²⁶. Belirtilen görüşlere rağmen aksi yönde hüküm kuran İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun kararının vergi ödevlerinin yerine getirilmesinde kanunî temsilcinin daha az özen göstermesine yol açacağı da dikkate alınarak²⁷ en kısa zamanda karardan dönülerek Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararında belirtildiği üzere;

“vergi mahkemesinin kararı, vergi borcunun şirketten tahsilinin olanaksız olduğunun tespit edilmesi halinde vergilendirme ile ilgili ödevleri yerine getirmekle sorumlu bulunmasına karşın, **bu ödevleri yerine getirmeyen kanunî temsilcilerin takip edilmesi gerektiği ve şayet kanunî temsilcinin varlığından da vergi borcu tahsil edilemezse ancak, bu aşamada ortağın takip edilmesinin mümkün olduğu**”

şeklindeki gerekçeyle içtihat birliği sağlanacak şekilde içtihat oluşturulmalı²⁸; sonrasında ise nihaî çözüme kavuşturulmak üzere, kanun koyucunun iradesinin ortaya konulması gerekmektedir.

B. Rücû Sorunu

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı sonrası ortaya çıkan sıra sorunu, ortak ve kanunî temsilci ayrılığı hallerinde, beraberinde bir rücû ilişkisi kurulmasını zorunlu kılmakta ve söz konusu rücû ilişkisine yönelik hukuki sorunları ortaya çıkarmaktadır.

Mevzuatta izin ve yetki verilen rücû ilişkisinin kapsamı bakımından, kanunî temsilcinin tüzel kişiliğe rücû edebileceği kalemlerin neler olacağının belirleneceği bir hukukî süreç işletilecektir. Zira kapsam açısından, Vergi Usul Kanunu kapsamındaki rücû ilişkisinin kapsamı ile Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamındaki rücû ilişkisinin kapsamının birbirinden farklı olacağı; Vergi Usul Kanunu'nun lafzı gereği, kanuni temsilcilerin sadece vergilerin rücû alacağına konu edilebileceği; buna karşılık, vergiye bağlı alacaklar olan gecikme faizi gibi ferî alacakların rücû alacağına konu edilemeyeceği ileri sürülmektedir²⁹. Oysa söz konusu görüş, ferî

²⁵ Aynı yönde bkz. **Gerçek**, Takip ve Tahsil Hukuku, s. 43.

²⁶ **Ayaz**, Takip Sırası, s. 286.

²⁷ **Köroğlu**, Ömer Alper: Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanunî Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 71.

²⁸ Dş. VDDK 30.04.2014 gün ve E.2014/144, K.2017/1488, (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.03.2020).

²⁹ **Candan**, Turgut: Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2006 (Kanuni Temsilci), s. 138.

alacakları da “*vergi alacağı*” kapsamında gören Danıştay içtihadı da dikkate alınarak diğer yorum yöntemlerini de içerecek şekilde yapılacak yorum karşısında kabul görmemektedir. Zira Danıştay söz konusu içtihadında bu hususa vurgu yaparak;

“... gecikme zammı bir tür vergi alacağı şeklinde düşünölmek gerekir. Vergi alacağından doğan karakter ve özelliği gözönünde tutulduğunda bu yorum tarzı uygulamaya ve kanunun amacına uygun düşer.”

demek suretiyle kapsamı geniş yorumlamıştır³⁰. Kaldı ki belirtilen görüş, Vergi Usul Kanunu kapsamındaki rüçü ilişkisi bakımından bir sınırlama olduğunu ileri sürerken, kusur ve illiyet bağlantısı vurgusu yapmaktadır³¹. Oysa kusur sorumluluğunda, kusurun olmadığı yerde sorumluluğunda olmayacağı yönündeki tabî sonuç, ferî alacakları da içerecek şekilde yorumlanmalıdır. Burada, doktrindeki belirtildiği gibi “*kanun yapımındaki özensizlik*” olarak da nitelendirilebilecek³² bu durumda kanun koyucu tarafından bırakılan bilinçsiz bir boşluk bulunduğu kabul edilerek değerlendirme yapılmalıdır.

Rüçü konusunda bir diğer hukukî sorun, kanunî temsilcinin rüçü alacağının muhatabı olarak şirket ortağının görülmesi konusudur. Zira kanuni temsilcilerinin kamu alacağının muhatabı olarak kabul edilmesinin temelinde, sermaye şirketinde tahsil olanaksızlığı bulunması yattığından, kamu alacaklısının tahsil işleminden sonuç alamadığı muhatap tüzel kişiden kanunî temsilcinin sonuç almasının beklenmesi akla ve hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Mali mevzuat ile genel kabul gören muhasebe ilke ve esasları karşısında, şirket tüzel kişiliğinin kamu alacağının tahsilini, kasten ve hukuka uygun şekilde olanaksız kılmak mümkün olmayacağından, tüzel kişiliğe rüçü etmeye yönelik mevzuat hükümlerinin uygulanabilirliği bulunmamaktadır. Bunun yerine ortaklara rüçü olanağı düşünölmelidir. Zira bu konuda tüzel kişiliğın borcunu ödeyen kanuni temsilciden, tüzel kişiliğın bu durumundan yarar sağlayan sermaye ve hak sahibi ortaktan rüçü edemeyecek olması akla ve hukuk mantığına uygun düşmemektedir. Bu konuda mevzuatta düzenleme bulunmaması ya da genel hükümler ile Borçlar Hukuku’nun temel ilke ve esaslarının bu konuda, tüm unsurlarıyla uygun bir müesseseye yer ver(e)memesi, niteliğine uygun düştüğü ölçüde borç ilişkisi-

³⁰ Dş. VDDK 29.11.1991 gün ve E.1991/305, K.1991/128, (Candan, Kanunî Temsilci, s. 138, dn. 160).

³¹ Candan, Kanunî Temsilci, s. 137, 138.

³² Bahçeci, Barış: Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 149.

lerine uygulanan diğer müesseselerin, uygunluk yönüyle tartışılmasına engel oluşturulmamalıdır. Bu nedenle bu konuya ilişkin bir hüküm varlığına duyulacak ihtiyaç, İçtihadı birleştirme Kararı sonrası kendini hissettirecektir.

SONUÇ

Limited şirket ortak ve kanunî temsilcileri, kamu alacaklarının tahsili noktasında şirket malvarlığından tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklarından dolayı mevzuat gereği sorumludur; alacaklı kamu idaresi, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı gereği, takip ve tahsilde sıra gözetilmeksizin tahsil işlemlerini yürütebilecektir. Ancak hukukî temelleri ihmal edilerek verilen karar, sadece görüş birliği sağlama amacına hizmet etmekte ve fakat birçok sorunu beraberinde getirebilecek bir nitelik taşımaktadır. Zira karşı oylar incelendiğinde; yorum yöntemleri, özel kanun-genel kanun ilişkisi, sorumluluğun niteliği ve kanunilik ilkesi ihmal edilerek sonuca varıldığı görülmektedir. Bu nedenle Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı'nın aksine, Dokuzuncu Daire'nin tüzel kişilikten tahsil edilememe/edilemeyeceğinin anlaşılması sonrası kanunî temsilcinin sorumluluğu yoluna gidilebileceği yönündeki içtihadın, karşı oyda yer alan;

“limited şirketlerde vergi ve buna bağlı alacakların şirketin varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememesi durumunda, kanunî temsilcinin sorumluluğuna gidilmeden doğrudan ortak veya ortakların sorumluluğuna ya da hem kanunî temsilcinin hem de ortak veya ortakların sorumluluğuna gidilmesine imkan tanıyan seçimsel bir hak olduğunu söylemek ya da öncelik sonralık ilişkisi olmadığını iddia etmek anılan hukuk ilkelerinin ihlali anlamına gelecektir.”

şeklindeki gerekçe de dikkate alınarak müesseseyi tüm unsurlarıyla karşılayarak sorunları çözen bir nitelik taşıdığı düşünülmektedir³³.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı sonrası oluşacak hukukî sorunların özellikle rücu noktasında toplanacağı dikkate alındığında; rücu alacağının takip ve tahsil esaslarına yönelik açık düzenleme bulunmaması, genel hükümlerin müteselsil sorumluluk müessesesinin işin niteliği ile

³³ Bkz. ve krş. **Altay**, Soner: “Limited Şirketin Ödenmeyen Vergi Borçlarına İlişkin Kanunî Temsilciler İle Ortaklar Arasındaki Öncelik Sıralamasında Son Nokta”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 177, 2019 (Vergi Borçlarına İlişkin Son Nokta), s. 1972; **Kaya**, s. 151 vd. Krş. **Koruk**, Alperen Asım: “Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kamu Borçlarından Sorumluluk”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, S. 25, C. 7, 2018, (s. 55-80), s. 78.

uyumlu olmayan düzenlemelerinin rüçû alacağıın kapsamını belirleme konusunda yetersiz kalması, kanunî temsilciden yapılacak tahsilatın ortağa rüçû edilmesine yönelik hukukî düzenleme yokluğu ile yerleşik ve yeterli yargı kararı bulunmaması Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı'nın sorun çözen değil doğuran nitelikte ve içerikte bir karara imza attığını göstermektedir. Belirtilen hukukî sorunların yaşanmaması adına kanunî düzenlemeler yapılması zarurî olmakla birlikte karşı oy gerekçeleri dikkate alınarak yeni bir içtihatla bulunulması gerektiği/gerekeceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Altaş**, Soner: Sermaye Şirketlerinin Ortakları ile Kanunî Temsilcilerinin Vergisel Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, (Vergisel Sorumluluk).
- Altaş**, Soner: “Limited Şirket Ortaklarından Ek Ödeme Talebinde Bulunmanın Koşulları”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C. 13, S. 152, 2017 (Ek Ödeme).
- Altaş**, Soner: “Limited Şirketin Ödenmeyen Vergi Borçlarına İlişkin Kanunî Temsilciler İle Ortaklar Arasındaki Öncelik Sıralamasında Son Nokta”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C. 15, S. 177, 2019 (Vergi Borçlarına İlişkin Son Nokta).
- Arslan**, Erdoğan: “Limited Şirket Vergi Borçlarından Ortakların Ödeme Sorumluluğu”, Vergi Dünyası Dergisi, Yıl 39, Sayı 459, 2019, s. 80-99.
- Ayaz**, Eslem: Limited Şirketlerde Kanunî Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2015 (Sorumluluk).
- Ayaz**, Eslem: “Limited Şirketlerde Tahsil Edilemeyen Kamu Alacağından Kanunî Temsilci ve Ortakların Sorumluluklarının Takip Sırası”, Yaklaşım Dergisi, S. 218, Mayıs 2011, s. 284-286 (Takip Sırası).
- Barlass**, İrfan: Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Bahçeci**, Barış: Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Candan**, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018 (Kanun).
- Candan**, Turgut: Kanuni Temsilcinin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Baskı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2006 (Kanuni Temsilci).
- Coşkun**, Mahmut: Açıklamalı-İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2016.
- Çelik**, Binnur: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku), 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

- Çetin**, Rızkullah: “Limited Şirketin Kamu Borçlarından Kanunî Temsilcilerin ve Ortakların Sorumlulukları”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C. 8, S. 89, 2012, s. 197-205.
- Deniz**, Muzaffer: Kanunî Temsilcilerin Kamu Alacaklarından Doğan Sorumlulukları, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Doğrusöz**, Bumin: “Akli Olan Limitet Şirkete Ortak Olmaz”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/akli-olan-limitet-sirkete-ortak-olmaz/448494> (Erişim Tarihi, 30.06.2019).
- Gerçek**, Adnan: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011 (Takip ve Tahsil Hukuku).
- Gerçek**, Adnan: “Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s. 157-193 (Vergi Sorumlusu).
- Kaneti**, Selim/**Ekmekci**, Esra/**Güneş**, Gülsen/**Kaşıkçı**, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Karakoç**, Yusuf: “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 1259-1308 (Basım Yılı: 2014), s. 1259-1308 (Anayasal Vergilendirme İlkeleri).
- Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016 (Kamu İcra).
- Kaya**, İlknur: “Limited Şirket Ortağının Kamu Borçlarından Sorumluluğu ve Danıştayın 2013/1 E. ve 2018/1 K. Sayılı İBK Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Ocak 2020, s. 133-157.
- Kızılot**, Şükrü/**Şenyüz**, Doğan/**Taş**, Metin/**Dönmez**, Recai: Vergi Hukuku, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2007.
- Koruk**, Alperen Asım: “Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kamu Borçlarından Sorumluluk”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, S. 25, C. 7, 2018, s. 55-80.
- Köroğlu**, Ömer Alper: Yargı Kararları Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanunî Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

- Oğuz**, Sefer: “Limited Şirketin Ödenmeyen Kamu Borçlarından Ortakların Sorumluluğunun AYM’nin 5766 Sayılı Kanunun Bazı Hükümlerinin İptal Kararı Işığında Değerlendirilmesi” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, s. 371-394.
- Okta**r, S. Ateş; Vergi Hukuku, 13. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2018.
- Öncel**, Mualla/**Kumru**lu, Ahmet/**Çağ**an, Nami/**Gö**ker, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 28. Bası, Ankara, 2019.
- Pula**şlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt III, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Saba**n, Nihal: Vergi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Taş**kan, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Üstün**, Ümit Süleyman/**Deniz**, Muzaffer: “Limited Şirket Ortaklarının Kamu Alacaklarına İlişkin Sorumlulukları ve İtiraz Hakları”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C. 14, S. 161, 2018, s. 1505-1528.
- Yara**lı, Levent: Limited Şirketin Kamu Borçlarından Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu: Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, (Müdürlerin ve Ortakların Sorumluluğu).
- Yara**lı, Levent: “Anonim Şirketin Vergi Borçlarından Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu”, Vergi Hukukuna Genç Yaklaşımlar, (Editor: Billur Yaltı), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, (Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu).
- Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: Açıklamalı ve İçtihatlı 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Yılmaz**, Kazım: Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, Ce-Ka Yayınları, Ankara 2006.

DIE GEGENSTÄNDE DER FAMILIENMEDIATION ANLÄSSLICH DER SCHEIDUNG IM TÜRKISCHEN RECHT

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.897886>

Dr. Öğr. Üyesi Merve ÜREM ÇETİNEL*

MATTERS APPROPRIATE FOR FAMILY MEDIATION IN THE DIVORCE PROCESS UNDER TURKISH LAW

Abstract

As a legal institution, mediation has been regulated in a specific and detailed way with the Law on Mediation in Civil Disputes numbered 6325 and dated 07/06/2012. According to Art. 2 (B) of this Law, mediation is defined as the method used for the resolution of disputes, employing systematic techniques, carried out voluntarily and with the participation of an impartial and independent third person with specialty training, bringing the parties together to discuss and negotiate, and establishing a communication process between the parties in order to help them to understand each other and thus enabling them to work out their own solutions. The resolution of disputes with the help of an impartial and independent third person, as referred to in the definition provided in the Law, plays a significant role also in the field of family law.

The possibility of resolving disputes arising from family law under the management of an impartial and competent person other than the judge represents a new and current phenomenon in Turkish law. Since that the Law on Mediation in Civil Disputes includes deficient and general provisions, it is important to identify which matters will be mediatable in terms of family mediation. This is because mediatable matters in connection with both mediations, in general and of family mediation are not exhaustively enumerated in the Law. Pursuant to Art. 1/II sent. 1 of the Law, family mediation could be applied only for the matters that spouses can freely dispose of. Nonetheless, there is no consensus in the legal literature on the question of which numerous clausus family law disputes are appropriate for family mediation according to this provision. Therefore, our paper aims to evaluate the subject matter and the scope of family mediation in Turkish law, and particularly the function of family

* Dr.iur. an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Istanbul Medeniyet (e-posta: mrvurem@yahoo.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4710-6545> (Makalenin Geliş Tarihi: 30.04.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 05.05.2020/ Makale Kabul Tarihi: 10.09.2020)

mediation in the divorce process in the light of the Law on Mediation in Civil Disputes.

Keywords

Alternative dispute resolution methods, Mediation, Family mediation, suitability for mediation, Divorce

TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA SÜRECİNDE AİLE ARABULUCULUĞUNA ELVERİŞLİ KONULAR

Öz

Hukuki bir kurum olarak arabuluculuk, 07/06/2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile özel ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2/b. b'de "sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak tanımlanmıştır. Tarafsız bir kişinin yardımı ile uyuşmazlığın çözümü, aile hukukundan kaynaklarından uyuşmazlıklarda da önemli bir rol oynamaktadır.

Hâkim dışında, tarafsız ve uzman kişi yönetiminde aile hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkların çözülmesi imkânı Türk hukukunda yeni ve güncel bir gelişmedir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun noksan ve genel düzenlemeler içermesi sebebiyle hangi uyuşmazlıkların aile arabuluculuğuna elverişli olacağına tespit edilmesi gerekmektedir. Zira Kanun'da gerek genel olarak arabuluculuğa gerekse özel olarak aile arabuluculuğuna elverişli konular tahdidi şeklinde sayılmamıştır. Kanun'un m. 1/II c. 1 düzenlemesi gereğince aile arabuluculuğu yalnızca eşlerin üzerinde tasarrufta bulunabileceği konulara uygulanabilecektir. Ancak bu düzenlemeye göre aile arabuluculuğuna uygun, sınırlı sayıdaki aile hukuku uyuşmazlıklarının neler olduğu konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmamız, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde Türk hukukunda aile arabuluculuğunun konusunu, kapsamını ve özellikle boşanma sürecinde aile arabuluculuğunun işlevini değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, Arabuluculuk, Aile arabuluculuğu, Arabuluculuğa elverişlilik, Boşanma

1. Einleitung

Der türkischen Gesellschaft ist die Mediation nicht fremd. Sie ist zwar nicht in der rechtlichen Form, die wir heute verstehen, doch wurden ältere Familienmitglieder als Respektpersonen betrachtet, die auch Konflikte innerhalb der Familie lösten. Die Mediation als juristisches Institut in der Türkei wird insbesondere seit dem Jahr 2006 diskutiert, wo eine wissenschaftliche Kommission für einen Entwurf gegründet wurde¹. Der Entwurf der Kommission wurde im Jahre 2008 ins Parlament eingereicht, doch wurde die Mediation erst im Jahre 2012 mit dem türkischen Mediationsgesetz in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit der Nr. 6325 (*sog. Mediationsgesetz*) ins türkische Recht etabliert².

Bei der Mediation als Form der alternativen Streitbeilegung sitzt eine unparteiische Person (*Mediator*) mit den Konfliktpersonen zusammen und hilft ihnen, eine Konfliktlösung zu finden³. Die Hilfe einer unparteiischen Person zur Beilegung der rechtlichen Konflikten in der Familie spielt eine erhebliche Rolle, da die Nerven der Parteien oft in solchen Situationen stets sehr angespannt sind. Außerdem leiden nicht nur Ehegatten unter diesen

¹ <http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/tarihce.html>.

² Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu, Nr. 6325 vom 22.06.2012.

³ Zum Begriff siehe **Özbek**, Mustafa Serdar: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi, Heft: 3, 2001, S. 123 f., 129; **İldır**, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, S. 88; **İldır**, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Bakı Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, S. 386, 392; **Tanrıver**, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Heft: 64, Mai-Juni 2006, S. 165; **Yıldırım**, M. Kamil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, Beta Yayınları, Istanbul, 2007, S. 340, 347, 349; **Bulur**, Alper, Alternatif Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, Jahr: 65, Heft: 4, 2007, S. 31; **Kaplan**, Yavuz: Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Band: 28, Heft: 1-2, 2008, S. 118; **Öznumcu**, Seda: Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, Istanbul, 2011, S. 273 ff.; **Taşpolat Tuğsavul**, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, S. 22, m. w. N. in Fn. 6; **Akil**, Cenk: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Band:1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, S. 75; zur Unparteilichkeit siehe **Özbek**, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin „Aile Arabuluculuğu“ Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 7, Heft: 2, 2005, S. 89.

Streitigkeiten, sondern auch deren Kinder, die dadurch negativ beeinflusst werden. Dies, dass auch negative soziale Konsequenzen ausbrechen kann. Dadurch unterscheiden sich diese Konflikte auch von anderen Rechtsgebieten. Zudem haben diese Rechtstreitigkeiten auch soziale Konsequenzen, da die Familie eine große Rolle bei der Erziehung der Kinder spielt⁴. Angesichts der Rolle, die die Familie für die Zukunft der Gesellschaft spielt, wird deutlich, wie wichtig es ist, rechtliche Konflikte innerhalb der Familie einvernehmlich zu lösen. Dementsprechend hat der Staat generell eine Pflicht für das Wohl der Familie und soll man dazu ermutigen, innerhalb der Familie entstandene Konflikte möglichst auf friedfertige Weise zu lösen (*siehe Art. 41 Abs. 2 des türk. Grundgesetzes*)⁵.

In dieser Untersuchung wird zunächst die Bedeutung der Familienmediation in der Türkei kurz dargestellt. Den Kern dieses Aufsatzes bildet die Bestimmung der familienmediationstauglichen Gegenstände beim Scheidungsprozess nach dem türkischen Mediationsgesetzes.

2. Einführung in die Familienmediation im türkischen Recht

a. Zum Begriff der Familienmediation

Die Familienmediation ist eine außergerichtliche Form der Konfliktlösung, bei der eine unparteiische Person (*der Mediator*) den Betroffenen eines familienrechtlichen Konflikts zur konstruktiven Konfliktlösung verhilft⁶. Dadurch wird den Betroffenen ermöglicht, die Eltern-Kinder-Beziehung fortzuführen⁷. Zweck der Familienmediation ist es, den Ehegatten bei der Scheidung oder auch bei der Trennung möglichst über

⁴ **Tercan**, Erdal: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 5, Heft: 3, Ankara, 2003, S. 19; **Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Aile Hukuku, Band: 2, 22. Aufl., Beta Yayınları, Istanbul, 2020, S. 3-4.

⁵ Siehe in der Begründung des türk. Gesetzentwurfs über die Einrichtung, die Pflichten und das Verfahren von Familiengerichten <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c002/tbmm22002020ss0015.pdf>; **Özbek**, DEÜHFD 2005, S. 101; **Ercan**, İbrahim: Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 4, Heft: 2, 2014, S. 249; **Özbek**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, S. 847 ff.

⁶ **Kaplan**, S. 118.

⁷ Siehe in der Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Familienmediation, <https://www.mikk-ev.de/s-content/uploads/2016/12/Best-practice-guide-DE.pdf>; **Özbek**, DEÜHFD 2005, S. 78 f.; **Şıpka**, Şükran: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Istanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Jahr: 6, Heft: 12, Herbst 2007 (Sonderheft), S. 173.

die finanziellen oder elterlichen Folgen zu vermitteln und den Parteien bei der Lösung zu helfen. Die Familienmediation hat auch zum Ziel, die Gerichtskosten zu reduzieren, die für die Konfliktlösung erforderliche Zeit zu verkürzen und die Familiengerichte zu entlasten⁸. Daraus ergibt sich die Aufgabe des Mediators: die Konfliktparteien bei der Bestimmung der Konfliktpunkte und bei der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu unterstützen⁹.

Insbesondere bei der Erarbeitung von Lösungsvorschlägen übernimmt der Mediator eine aktive Rolle. Meistens leitet der Mediator die Konfliktparteien dazu, eine andere Perspektive des Konflikts einzunehmen und diesen Konflikt konstruktiv zu lösen¹⁰. Dem Mediator steht jedoch keine Befugnis zu, die Parteien zur Einigung zu zwingen¹¹. Ferner dient der Mediator niemals als Richter¹²; er darf über den Konflikt nicht endgültig entscheiden¹³.

Der Mediator ist vielmehr die Person, die für die Konfliktpersonen eine günstige Atmosphäre für die Einigung bereitet¹⁴. Dies versucht der Mediator

⁸ Siehe in der Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über Familienmediation, <https://www.mikk-ev.de/s-content/uploads/2016/12/Best-practice-guide-DE.pdf>; über die Vorteile der Familienmediation siehe auch **Özbek**, DEÜHFD 2005, S. 78 f., 102; **Ildır**, Prof. Dr. Yavuz Alangoya Armağanı, S. 386, 388 ff.; **Şıpka**, S. 165 f.; über die Vorteile und Nachteile der Mediation im Allgemeinen s. **Yıldırım**, S. 347 f., 355; **Pekcantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, 6. Aufl., Istanbul, 2018, § 22, S. 608 ff.

⁹ **Bulur**, ABD 2007, S. 42 m.w.N.; **Kaplan**, S. 133.

¹⁰ **Kaplan**, S. 121, 127.

¹¹ **Özbek**, DEÜHFD 2005, S. 83; **Şıpka**, S. 165; **Özmumcu**, S. 278; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 607.

¹² **Kaplan**, S. 121. Gemäß Art. 15 Abs. 4 des türk. Mediationsgesetzes darf der Mediator die Geschäfte, welche aufgrund ihrer Eigenschaft dem Gericht vorbehalten sind, nicht machen.

¹³ **Özbek**, Ankara Barosu Dergisi, S. 123; **Tanrıver**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 165; **Şıpka**, S. 166; **Yıldırım**, S. 340 f., 349; **Bulur**, ABD 2007, S. 42; **Kaplan**, S. 118, 121, 145; **Akcan**, Recep: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, S. 39; **Tanrıver**, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Makalelerim II (2006-2010), Adalet Yayınları, Ankara, 2011, S. 184; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 607 f. Die Klageerhebung über denselben Konflikt ist vorbehalten, wenn die Parteien sich über den Konflikt nicht einigen konnten. Also schließt die Mediation nicht aus, den Konflikt im Gericht mit Hilfe des Richters zu lösen. Darüber siehe **Tanrıver**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 151 f.

¹⁴ **Kaplan**, S. 121, 126; **Tanrıver**, Makalelerim II, S. 184; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 608.

durch richtige Fragestellung zu erreichen, ohne dabei in die Wünsche der Konfliktpersonen einzugreifen.

Die Mediation im Scheidungsprozess spielt eine ganz besondere Rolle, weil der Anlass dieser Rechtstreitigkeiten oft mit gemischten Gefühlen, wie z.B. Wut, Gier, Ärger, Eifersucht auftauchen. Das Motiv dieser Konflikte kann dazu führen, dass Ehegatten gegenseitige Ansprüche stellen, über die sie sich kaum einigen können. Hier handelt es sich nicht nur über finanziellen Ansprüchen, oftmals werden auch Kinder in diesen Streit eingezogen. Dies führt zu einer psychischen Belastung der Kinder¹⁵.

b. Gesetzliche Grundlage

Die Bedeutung der Familienmediation liegt darin, dass sie das streitige Verhältnis zwischen den Ehegatten vor und nach der Scheidung befriedet, möglichst normalisiert und dadurch erreicht, dass besonders die Kinder diesen Scheidungsprozess mit dem geringsten Schaden überstehen können¹⁶. Dementsprechend hat der türkische Gesetzgeber mit verschiedenen Gesetzen den Richtern am Familiengericht die Aufgabe zur Schlichtung zwischen den Ehegatten gegeben. Diese Aufgabe ist in Art. 7 Abs. 1 des türk. Gesetzes über die Einrichtung, die Pflichten und das Verfahren von Familiengerichten (Nr. 4787)¹⁷, im Art. 137 des türk. Zivilprozessgesetzes (Nr. 6100)¹⁸ und im Art. 195 des türk. Zivilgesetzbuches (ZGB)¹⁹ geregelt worden.

¹⁵ **Akkaya**, Tolga: Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, Ankara Barosu Dergisi, Heft: 2014 /3, S. 31.

¹⁶ **Akkaya**, S. 27 f.; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 2, S. 857 ff.

¹⁷ Nach Art. 7 Abs. 1 des türk. Gesetzes über die Einrichtung, die Pflichten und das Verfahren von Familiengerichten fördert das Familiengericht, je nach der Eigenart der zu bearbeitenden Streitigkeiten oder Angelegenheiten, vor Eintritt in die Verhandlung zur Sache, durch Feststellung der Probleme zwischen den Ehegatten bzw. Kindern unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der gegenseitigen Zuneigung, des Respekts und der Toleranz eine vergleichsweise Lösung und zieht dazu erforderlichenfalls Fachleute heran. Wird eine solche Einigung nicht erreicht, so wird in der Sache weiter verhandelt. Auch vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen kann das Familiengericht nach Art. 6 Abs. 1 Nr. 1,a die Erwachsene zur Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten anhalten, erforderlichenfalls auf eine Versöhnung hinwirken. Der Richter kann die Parteien selbst vermitteln oder einen Psychologen, Pädagogen und Sozialarbeiter zur Vermittlung beauftragen (s. Art. 6 Abs. 2). Nach Art. 5 ernannt das Justizministerium bei jedem Gericht je einen Psychologen, Pädagogen und Sozialarbeiter, dabei sind vorzugsweise Personen einzustellen, die verheiratet sind und Kinder haben, das 30. Lebensjahr vollendet haben und auf dem Gebiet von Familienfragen ein postgraduates Studium absolviert haben. Zur Begründung des Entwurfes des Gesetzes über die

Eine sehr junge Entwicklung im türkischen Recht ist die Inanspruchnahme eines Mediators vor oder nach Erhebung der Scheidungsklage zur Beseitigung oder teilweisen Befriedung der familienrechtlichen Konflikte²⁰. Die erste Regelung zur Mediation in

Einrichtung, die Zuständigkeit und das Verfahren der Familiengerichte siehe <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c002/tbmm22002020ss0015.pdf>; zur Pflicht des Richters bezüglich der Schlichtung der Parteien nach Art. 7 Abs. 1 des türk. Gesetzes über die Einrichtung, die Pflichten und das Verfahren von Familiengerichten (vgl. *ZPO Art. 278 Abs. 1, 2*); **Ildır**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, S. 147 f.; **Tercan**, S. 48 f.; **Aras**, Bahattin: *Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü*, Ankara Barosu Dergisi, Jahr: 65, Heft: 2, Frühling 2007, S. 159; **Yıldırım**, S. 344; **Tanrıver**, Süha: *Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi*, Makalelerim III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, S. 199; zur Ansicht, dass der Richter hier als Mediator auftritt, siehe **Tanrıver**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 173; **Taşpolat Tuğsavul**, S. 81 f.; darüber, dass „gerichtliche Mediation“ in Art. 7 Abs. 1 des türk. Gesetzes über die Einrichtung, die Pflichten und das Verfahren von Familiengerichten geregelt ist, s. **Taşpolat Tuğsavul**, S. 82; **Özbek**, Mustafa Serdar: *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Band: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, S. 638 ff.

¹⁸ Nach Art. 137 des türk. Zivilprozessgesetzes wird eine Vorprüfung vorgesehen, nachdem die Schriften der Parteien untereinander ausgetauscht wurden. Anschließend versucht der Richter, die Parteien nach Möglichkeit zu einem Vergleich zu fördern, wenn es um die Klage, darüber die Parteien frei verfügen dürfen. Darüber siehe <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr30/ghakan.pdf>.

¹⁹ Nach Art. 195 des türk. ZGB hat der Richter das Recht zum Eingriff in die Ehe, um die Ehe zu schützen. Danach können die Ehegatten gemeinsam oder einzeln das Gericht um Vermittlung anrufen, wenn ein Ehegatte seine Pflichten gegenüber der Familie nicht erfüllt oder die Ehegatten in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit uneinig sind (*Art. 195 Abs. 1*). Das Gericht mahnt die Ehegatten an ihre Pflichten und versucht, sie zu versöhnen; es kann mit ihrem Einverständnis Sachverständige (*Psychologen, Pädagogen und Sozialarbeiter, siehe auch Art. 5 des türk. Gesetzes über die Einrichtung, die Pflichten und das Verfahren von Familiengerichten*) beiziehen. Wenn nötig, trifft das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen (s. auch die in *Art. 196-199 erwähnten Maßnahmen*). An dieser Stelle versucht der Richter als Schlichter (*aber nicht als Mediator*) eine gemütliche/angenehme Atmosphäre für die Ehegatten vorzubereiten. Der Richter darf aber die Ehegatten zur Einigung nicht zwingen. Dementsprechend siehe **Akil**, S. 83; **Kaplan**, S. 131. Zur Schlichtung der Ehekonflikte kann der Richter auch von Familienberatungsinstitutionen Hilfe holen. Auffällig ist, dass der Richter nach Art. 195 ff. des türk. ZGB in die Ehe eingreifen kann, solange die Ehe weiterbesteht. Anders gesagt, wird hier von den Ehegatten gesprochen, die sich noch nicht scheiden lassen wollen, aber in einer für die eheliche Gemeinschaft wichtigen Angelegenheit uneinig sind und dafür das Gericht um Vermittlung anrufen. Darin liegt der Unterschied zwischen der Familienmediation und die Vermittlung der Ehegatte vom Richter nach Art. 195 des türk. ZGB.

²⁰ Art. 13 Abs. 1 des türk. Mediationsgesetzes; über die Wendung an einen Mediator vor oder nach der Erhebung der Scheidungsklage siehe **Özbek**, Mustafa: *Avukatlık*

familienrechtlichen Konflikten befindet sich im türk. Mediationsgesetz. Nach dem genannten Gesetz wurde die Familienmediation als „freiwillige“ Mediation geregelt. Jedoch wird deren Anerkennung als verpflichtende Mediation, wie sie für Konflikte i. R. v. Arbeitnehmer-Arbeitgeber Streitigkeiten und das Handelsrecht geregelt ist, kontrovers diskutiert²¹.

c. Die richterliche Prüfung des Vergleichs

Auffällig ist die Regelung im türkischen Mediationsrecht, wonach das mit Hilfe eines unparteiischen Mediators aufgestellten Mediationsvergleichs seitens der Familiengerichte durch Verhandlung nochmals überprüft werden soll, auch wenn die Parteien sich über alle Punkte geeinigt haben (*Art. 18 Abs. 3 Satz 2 des türk. Mediationsgesetzes*). Andernfalls wird der Mediationsvergleich ungültig²². Der Umfang des richterlichen Untersuchungsrechts beschränkt sich auf die Prüfung der Mediationstauglichkeit und der Vollstreckungsfähigkeit des Vergleichs (*Art. 18 Abs. 2 Satz 3 des türk. Mediationsgesetzes; in dieser Richtung Art 21 Abs. 5 der Verordnung über die Mediation, Nr. 30439*)²³. Der türkische

Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Araboluculuk, Ankara Barosu Dergisi, Heft: 3, 2001, S. 130; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 612, 614.

²¹ Führt der türkische Gesetzgeber die verpflichtende Mediation für die familienrechtliche Konflikte ein, dann müssten die Ehegatten sich vor der Klageerhebung an die Mediation wenden. Dabei würde die Annahme der verpflichtenden Mediation gleichzeitig zur Aufhebung der Willensfreiheit führen. Dies würde auch eine Abweichung vom „Freiwilligkeitsprinzip“ der Mediation bedeuten. Durch die Anerkennung der verpflichtenden Familienmediation erwerben die Ehegatten die Möglichkeit, über den Konflikt nochmal nachzudenken. Von diesem Standpunkt aus ist die verpflichtende Familienmediation positiv zu betrachten. In dieser Richtung siehe **Akkaya**, S. 30; zur Verneinung der verpflichtenden Mediation siehe <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=14275&Desc=Aile-Hukukunda-Arabuluculuk-Olmaz->; über die Nachteile der verpflichtenden Mediation s. **Yıldırım**, S. 355.

²² **Özbek**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Band: 2, S. 862.

²³ Schaut man in die Praxis, sieht man im nationalen elektronischen Mediationsportal der türkischen Justiz (*UYAP für Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi*), dass Rubriken wie, Sorgerecht, Scheidung wegen Untreue, Scheidung wegen unheilbarer Zerrüttung der Ehe, als Mediationsthemen zur Verfügung stehen. Daher denkt man, dass z.B. der Konflikt über das Sorgerecht in Zukunft durch verpflichtende Mediation gelöst wird. Dagegen hat die Fachabteilung für Mediation ausdrücklich erklärt, dass das Sorgerecht nicht mediationstauglich ist. Darüber siehe http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/soru_gorus_oneriler/index.html. In dieser Richtung siehe in der Lehre **Kaplan Güler**, *Beyhan: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, Sümer Kitabevi, Istanbul, 2014, S. 167 f., 182, 192 f. Darüber, dass Konflikte über das Sorgerecht weniger auftreten, wenn beim Scheidungsprozess die Familienmediation auf Empfehlung des Gerichts anerkannt würde, siehe **Akkaya**, s. 29.

Gesetzgeber grenzt daher die Kompetenz der Mediatoren ein und verzichtet nicht auf jegliche staatliche Kontrolle²⁴.

d. Vollstreckbarkeit des Mediationsvergleichs

In Art. 18 Abs. 3 Satz 2 des türk. Mediationsgesetzes wurde ausdrücklich ermöglicht, ein Mediationsvergleich für vollstreckbar erklären zu lassen, indem die Vereinbarung dem Gericht, welches auch im Falle eines gerichtlichen Verfahrens zuständig wäre, vorgelegt und von ihm mit einem entsprechenden Vermerk versehen wird. Mit diesem Vermerk erlangt der Vergleich die Wirkung eines gerichtlichen Urteils (*i.S.v Art. 38 des türk. Vollstreckungs- und Insolvenzgesetzes*)²⁵. Ob der Vermerk erteilt werden kann, wird grundsätzlich nach Aktenlage geprüft. Gemäß Art. 18 Abs. 3 Satz 2 des türk. Mediationsgesetzes muss diese Prüfung beim Vorliegen eines familienrechtlichen Konflikts ausnahmsweise aufgrund einer Gerichtshandlung erfolgen²⁶. Bei der Verhandlung wird lediglich die Gegenstände und die Vollstreckbarkeit der Mediationsvereinbarung vom Richter geprüft²⁷. Schließlich erklärt der Richter die Mediationsvereinbarung durch einen Vermerk vollstreckbar. Die Bedeutung der Erteilung eines Vermerks liegt darin, dass eine Partei im Falle der Verletzung des Vergleichs der anderen Partei, die Einhaltung des Vergleichs durch eine Klageerhebung erzwingen kann²⁸. Ferner wird die Vollstreckbarkeit des Vergleichs nach Art. 18 Abs. 4 des türk. Mediationsgesetzes trotz des fehlenden Vermerks angenommen, wenn der Vergleich von den Parteien, deren Anwälten und dem Mediator unterschrieben ist.

3. Gegenstände der Familienmediation

a. Umfang der Familienmediation

Im türkischen Mediationsgesetz werden weder die mediationstauglichen noch familienmediationstauglichen Konflikte

²⁴ Zur Begründung der staatlichen Kontrolle mit der Qualitätssicherung und dem Schutz des Rechtsverkehrs siehe **Yakut**, Bahadır: Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletler Örneği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Band: 1, Heft: 1, S. 29 ff.; zur Kritik siehe **Şipka**, S. 171.

²⁵ **Taşpolat Tuğsavul**, S. 191 ff. Von der Eigenschaft her ist die Vormerkung zur Vollstreckbarkeit des Vergleichs Gegenstand vom einseitigen Verfahren.

²⁶ http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/soru_gorus_oneriler/index.html.

²⁷ **Tanrıver**, Makalelerim II, S. 205; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 617.

²⁸ **Özbek**, DEÜHFD 2005, S. 94.

abschließend erwähnt. Anders gesagt, geht aus dem speziellen Mediations-Gesetz nicht klar hervor, welche Konflikte und Rechtsgebiete für die Mediation geeignet sind²⁹. Es gibt nur die Umfangbestimmung, ohne Konkretisierungen. Daher können lediglich aus den allgemeinen gesetzlichen Regelungen anderer Rechtsgebiete hergeleitet werden, wann ein Gegenstand für die Familienmediation geeignet ist.

Gemäß Art. 1 Abs. 2 des türk. Mediationsgesetzes betrifft dieses Gesetz lediglich die Lösung privatrechtlicher Konflikte³⁰, einschließlich solcher mit Auslandsbezug³¹. Diese Konflikte müssen aber aus Rechtsgeschäften entstehen, über die die Parteien frei verfügen dürfen (*Art. 1 Abs. 2 Satz 1 des türk. Mediationsgesetzes*)³². Demnach liegt es nahe, dass Familienmediation dann in Betracht kommt, wenn eine dem Willen der Konfliktparteien unterliegende Angelegenheit vorliegt³³, d.h. die Lösung des Konflikts durch

²⁹ Zur Ansicht, dass zum Zwecke der Klarstellung die mediationstauglichen Konflikte einzeln im Gesetz zu erwähnen sind, siehe **Akcan**, S. 43; **Kaplan**, S. 134, Fn. 51; vgl. **Tanrıver**, Makalelerim II, S. 186. Bei der Streitigkeit darüber, ob ein privatrechtlicher Konflikt oder ein Konflikt, über den die Parteien frei verfügen dürfen, vorliegt, darf nicht der Mediator, der Richter entscheiden. In dieser Richtung siehe **Akcan**, S. 48.

³⁰ Zur Gesetzesbegründung siehe <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>.

³¹ Über die Konflikte mit Auslandbezug siehe **Kaplan**, S. 135 f.; **Akil**, s. 77 f.

³² In dieser Richtung **Özbek**, ABD 2001, S. 131; **Uyumaz**, Alper/**Erdoğan**, Kemal: Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 17, Heft: 1, 2015, S. 138; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 612.

³³ **Ildır**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, S. 122; **Bulur**, ABD 2007, S. 32 f.; **Taşpolat Tuğsavul**, S. 82 f. In Art. 408 des türk. Zivilprozessgesetzes (*Nr. 6100*) wird geregelt, dass die Streitigkeiten, die sich aus dinglichen Rechten an den unbeweglichen Vermögen oder die Angelegenheiten ergeben, die nicht dem Willen der beiden Parteien unterliegen, für das Schiedsverfahren nicht geeignet sind. Die Regelung mit dem Inhalt, dass die Angelegenheiten, die nicht dem Willen der beiden Parteien unterliegen, für ein alternativen Streitbeilegungsverfahren nicht geeignet ist, gilt auch für die Mediation. Darüber siehe **Ildır**, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, S. 390, Fn. 16, 398; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 612; zur Einzelheiten über das Schiedsverfahren siehe **Tanrıver**, Süha: Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Band: 17, Heft: 1-2, 1997, S. 467-492. Gemäß Art. 1 Abs. 4 des Gesetzes über das internationale Schiedsverfahren vom 21.06.2001 ist auf Konflikte, welche den Wünschen der Parteien unterliegen, das Schiedsverfahren anzuwenden. Demgemäß wird in der Lehre vertreten, dass das Schiedsverfahren auch auf die Konflikte in Bezug auf die Ehe zur Anwendung kommt. Darüber siehe **Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Aufl., Beta Yayınları, Istanbul, 2009, § 43, S. 599.

einen Vergleich möglich ist³⁴. Insbesondere auf Bildung, Aufhebung und Änderung einer Rechtslage gerichtete Gestaltungsakten, die nicht durch den einseitigen Willen einer Partei erledigt werden können oder eine Einigung der Parteien nicht möglich ist, sondern ein gerichtliches Urteil erfordern, sind von der Mediation ausgeschlossen³⁵. Auch in der Lehre wird vertreten, dass diejenigen Konflikte von der Familienmediation ausgenommen sind, die zwingendem Recht unterworfen sind³⁶. Dabei wird behauptet, dass die Angelegenheiten von der Mediation ausgeschlossen sind, welche öffentliche Ordnung betreffen³⁷. Zu berücksichtigen ist aber, dass das türkische Familienrecht in mehreren Hinsichten öffentliche Ordnung betrifft³⁸. Dies

³⁴ Dies wird in Art. 313 Abs. 2 des türk. Zivilprozessgesetzes (Nr. 6100) bestätigt. Danach ist der Vergleich lediglich über die Streitigkeiten möglich, über welche die Parteien frei verfügen dürfen. Auch über das Kriterium der Tauglichkeit zum Vergleich siehe die Begründung des Art. 1 des Gesetzentwurfes über das türk. Mediationsgesetz

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanunmetni/6325ss.pdf>; **Tercan**, S. 46 f.; **Bulur**, ABD 2007, S. 32; **Kaplan**, S. 133 f.; **Taşpolat Tuğsavul**, S. 82, 110, 184 ff. m. w. N.; **Kaplan Güler**, S. 77; **Tanrıver**, Makalelerim II, S. 186; **Koç**, Evren: Arabuluculuk Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tespitler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014, S. 45; **Uyumaz/Erdoğan**, S. 137; **Bulur**, Alper: 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof.Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Band: 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, S. 499; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 2, S. 1184; **Gençcan**, Ömer Uğur: Boşanma Usul Hukuku, 2. Aufl., Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, S. 836 m.w.N.; zur Behandlung der Mediationstauglichkeit im Rahmen der Regelungen über die Schlichtungstauglichkeit siehe dazu **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2006, S. 215; **Deren Yıldırım**, Nevhis: Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004, S. 26 ff.; **Akil**, S. 81.

³⁵ **Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Aufl., On İki Levha Yayıncılık, 2019, S. 50, 52; **Taşpolat Tuğsavul**, S. 113.

³⁶ **Şıpka**, S. 174. Nach der Ansicht, die der Mediationsvergleich als einen materiell-rechtlichen Vertrag annimmt, unterliegt der Vergleich den Verboten und Beschränkungen von Art. 26 und 27 des türk. OR. Darüber siehe **Semizoğlu**, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş ve İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İstanbul Barosu Dergisi, Band: 82, Heft: 5, 2008, S. 2411 ff.; zu den Einzelheiten über die Eigenschaft des Mediationsvergleichs siehe auch **Taşpolat Tuğsavul**, S. 103 ff.

³⁷ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, S. 51 m.w.N.

³⁸ **Tercan**, S. 19, 47; **Demircioğlu**, Huriye Reyhan: Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygula-

wird auch dadurch bestätigt, dass die Familie nach Art. 41 Abs. 1 des türk. Verfassungsgesetzes vom 1982 die Grundlage der türkischen Gesellschaft definiert wird³⁹. Dies bedeutet aber zugleich, dass über die familienrechtliche Angelegenheiten nicht frei verfügt werden kann⁴⁰.

Darüber hinaus ist ein Mediationsvergleich nach dem Art. 27 des türk. Obligationengesetzes (*OR*) nichtig, wenn es einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die Gebotsvorschriften⁴¹, die Moral oder die öffentliche Ordnung verstößt⁴². Demnach darf die Familienmediationsvereinbarung z.B. dem Kindeswohl nicht widersprechen.

Die Mediation ist bei Streitigkeiten wegen häuslicher Gewalt⁴³ in Art. 1 Abs. 2 des türk. Mediationsgesetzes ausdrücklich geregelt, dass in diesen Fällen die Mediation nicht geeignet ist⁴⁴.

nabilirliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Jahr: 6, Heft: 23, 2015, S. 61; über die Folgen der Scheidung betreffend öffentlicher Ordnung siehe Verfassungsgericht, Urteil v. 15.5.2008, E. 2005/26, K. 2008/105; Verfassungsgericht, Urteil v. 22.1.2016, E. 2014/2-433, K. 2016/63.

³⁹ **Demircioğlu**, 2015, S. 61,65 ff.

⁴⁰ **Özmumcu**, S. 282, Fn. 140. In dieser Hinsicht braucht die „*öffentliche Ordnung*“ eine Erklärung/Definition. Nach einer Ansicht bedeutet die öffentliche Ordnung die gesamten Regelungen, deren Ziel der Schutz des sozialen, politischen, ökonomischen und moralischen Nutzens der Gesellschaft ist. Darüber siehe **Ertekin**, Erol/**Karataş İzzet**, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, S. 90. Nach anderer Ansicht ist die öffentliche Ordnung die gesamten Gesetzregelungen, welche das Gesellschaftsinteresse betrifft. Zum Begriff der öffentlichen Ordnung siehe auch **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, S. 51 m.w.N.; **Taşpolat Tuğsavul**, S. 109, Fn. 20 m.w.N.; **Bulur**, Armağan 2015, S. 500. Über die Verhältnis zwischen der öffentlichen Ordnung und der Schiedsbarkeit siehe **Tanriver**, MHB 1997, S. 470; **Demircioğlu**, 2015, S. 60, Fn.70, 71 m.w.N.

⁴¹ Über die Gebotsvorschriften im Bereich des Familienrechts s. **Demircioğlu**, 2015, S. 63 ff.

⁴² **Akil**, S. 80.

⁴³ Beachte, dass häusliche Gewalt als physische, psychologische, ökonomische und sexuelle Gewalt sich zeigen könnte. Der Grund für den Ausschluss der Mediation bei Streitigkeiten wegen häuslicher Gewalt ist, dass der Opfer mit dem anderen Ehegatte ein Mediationsverfahren auf gesunde Weise nicht führen könnte. In dem konkreten Fall soll es beantwortet werden, je nachdem ob ein Ehegatte sich wegen häuslicher Gewalt unter Druck fühlt und sich während des Mediationsverfahrens freiwillig entscheidet. Darüber siehe **Yıldız**, Pervin: Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), S. 33-52 m.w.N., <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KİTABI.pdf>.

⁴⁴ Darüber siehe unten S. 13 f.

b. Einzelne Gegenstände

1) Scheidung als Mediationsgegenstand

Gemäß dem türk. ist die Scheidung als Auflösung der Ehe durch die Scheidungsklage definiert. Dazu muss mindestens ein Scheidungsgrund⁴⁵ vorliegen das im Gesetz geregelt ist. Daraus ergibt sich, dass im türkischen Recht die Scheidung lediglich aufgrund der aufgezählten Gründe und eines gerichtlichen Urteils zugelassen wird⁴⁶. Die außergerichtliche Scheidung ist in der Türkei nicht anerkannt⁴⁷.

Ob die Scheidung für die Mediation geeignet ist, hängt davon ab, ob die oben genannten Kriterien erfüllt sind. Danach ist die Scheidung selbst kein tauglicher Mediationsgegenstand⁴⁸. Die Scheidung ist keine Angelegenheit, die allein dem Willen der Konfliktparteien unterliegt⁴⁹, da sie nur aufgrund

⁴⁵ Scheidung wegen Ehebruch (*Art. 161 des türk. ZGB*); Scheidung wegen Lebensnachstellung, sehr schlechtes oder ehrverletzendes Verhalten (*Art. 162 des türk. ZGB*); Scheidung wegen Begehen von ehrenrührigen Straftat oder unehrenhafte Lebenswandel (*Art. 163 des türk. ZGB*); Scheidung wegen Verlassens (*Art. 164 des türk. ZGB*); Scheidung wegen Geisteskrankheit (*Art. 165 des türk. ZGB*); Scheidung wegen Zerrüttung; Einverständliche / einvernehmliche Scheidung (*Art. 166 Abs. 1 des türk. ZGB*); Scheidung wegen Nicht-Wiederherstellung des Zusammenlebens (*Art. 166 Abs. 4 des türk. ZGB*).

⁴⁶ **Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid K.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Band: 3, Ismail Akgün Matbaası, Istanbul, 1960, S. 233; **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, Istanbul, 1989, S. 144 ff.; **Oğuzman**, Kemal/**Dural**, Mustafa: Aile Hukuku, 2. Aufl., Filiz Kitabevi, Istanbul, 1998, S. 112; **Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Acabey**, M. Beşir/**Gürpınar**, Damla: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Aufl., Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, S. 298; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Aile Hukuku, Band: 3, Filiz Kitabevi, Istanbul, 2020, Nr. 558; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, 4. Aufl., Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, S. 3; **Akıntürk/Ateş**, S. 235; **Öztan**, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, S. 480.

⁴⁷ **Şanlı**, Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi, Istanbul, 2019, S. 144, N. 64; **Ürem Çetinel**, Merve/**Güneş**, Biset Sena: Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Heft: 1, 2020, S. 309-340.

⁴⁸ **Özbek**, Ankara Barosu Dergisi, S. 131; **Tercan**, S. 47; **Taşpolat Tuğsavul**, S. 82, 109; **Koç**, S. 46; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 2, S. 1185; mit der Begründung, dass die Folge „Scheidung“ einen gerichtlichen Urteil braucht, siehe **Şıpka**, S. 173-174; **Akil**, S. 82 f.; **Bilge**, M. Turgay: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, Istanbul, 2014, S. 106; **Bulur**, Armağan 2015, S. 502.

⁴⁹ **Pekcantez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 612.

eines der gesetzlichen Gründe erfolgen kann. Im türkischen Recht berührt die Scheidung, aufgrund der Beendigung einer privatrechtlichen Beziehung, einerseits das Privatrecht, andererseits wirft sie wichtige Folgen bezüglich der öffentlichen Ordnung auf⁵⁰. Daher wurden sowohl die Eheschließung, als auch die Auflösung der Ehe unter bestimmte Voraussetzungen und Formerfordernisse gestellt⁵¹.

2) Maßnahmen gemäß Art. 169 des türk. ZGB

Fraglich ist zum Beispiel, ob vorsorgliche Maßnahmen während des Scheidungsverfahrens nach Art. 169 des türk. ZGB mediationstauglich sind. Gemäß Art. 169 des türk. ZGB trifft das Gericht von Amts wegen, prozessuale Maßnahmen soweit die Scheidungs- oder Trennungsklage eingereicht wird. Diese sind für die Dauer des Verfahrens erforderlichen Maßnahmen, wie z.B. die zur Unterbringung und zum Unterhalt des Ehepartners oder der Verwaltung des Vermögens des Ehegatten handelt. Natürlich müssen Maßnahmen zum Wohle des Kindes eingetroffen werden, wie z.B. die Betreuung und der Schutz der gemeinsamen Kinder. Der Unterhalt, die während der Trennung geleistet wird, wird als Trennungunterhalt bezeichnet. Konflikte über die Anordnung, Änderung oder Aufhebung der genannten Maßnahmen unterliegen nicht der Mediation. Mit Recht wird dies damit begründet, dass diese Maßnahmen das öffentliche Interesse betreffen⁵².

3) Sorgerecht

Fraglich ist zudem, ob das Sorgerecht oder die Änderung des Sorgerechts des Berechtigten nach der Scheidung mediationstauglich sind⁵³.

⁵⁰ Bezüglich der Folgen betreffend der öffentlichen Ordnung s. Verfassungsgericht, Urteil v. 15.5.2008, E. 2005/26, K. 2008/105; s. auch **Tercan**, S. 47; **Kaplan**, S. 134; **Taşpolat Tuğsavul**, S. 82, 109 ff.

⁵¹ Über die Verbindung mit der öffentlichen Ordnung siehe **Sungurtekin Özkan**, Meral: *İnşai Karar ve Özellikleri*, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, S. 555; **Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer: *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006, S. 26.

⁵² **Kaplan Güler**, S. 114; **Uyumaz/Erdoğan**, S. 148 f.; vgl. **Bilge**, S. 106 f.

⁵³ Beachte aber, dass das Sorgerecht den Eltern gemeinsam zusteht, solange die Ehe weiter besteht (*Art. 336 Abs. 1 des türk. ZGB*). Nach der Scheidung ist im türkischen Recht kein gemeinsames Sorgerecht der Eltern anerkannt. Die Konflikte der Bestimmung zur Inhaberschaft des Sorgerechts oder der Änderung des Sorgerechts Berechtigten kommen deshalb erst nach der Scheidung vor.

Unter dem Sorgerecht versteht man die Rechte und Pflichten der Eltern zur Erziehung, Versorgung und Betreuung des minderjährigen Kinds (*ausnahmsweise des Entmündigten*). Daneben sind die Eltern für das Eigentum ihres Kindes verantwortlich⁵⁴. Anders gesagt, entstehen die „*Rechte und Pflichten*“ für die Eltern aus dem Sorgerecht⁵⁵. Außerdem umfasst das Sorgerecht den Schutz der Persönlichkeit und des Vermögens des Kinds⁵⁶, sodass das Sorgerecht der Eltern von Amtes wegen entzogen werden kann, wenn die Eltern ihren Pflichten aus dem Sorgerecht nicht nachkommen oder ihr Sorgerecht missbrauchen (*Art. 348 ff. des türk. ZGB*). Darüber hinaus bedürfen die Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung oder Trennung zur Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch den Richter (*Art. 184 Nr. 5 des türk. ZGB*)⁵⁷. Das Sorgerecht untersteht damit staatlicher Kontrolle⁵⁸. Dies ist eine Folge davon, dass der Familie im türkischen Recht und türkischen Gesellschaft große Bedeutung zukommt und beim Sorgerecht neben dem Interesse des Kinds das öffentliche Interesse im Vordergrund steht⁵⁹. Die Regelung von Art. 41 des türk. Grundgesetzes über den Schutz der Familie bestätigt dieses Ergebnis⁶⁰. Folglich hat das Sorgerecht sowohl eine privatrechtliche als auch eine öffentlich-rechtliche Seite im türkischen Recht⁶¹. Schließlich sind Konflikte

⁵⁴ **Saymen/Elbir**, S. 368; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: *Aile Hukuku*, 3. Aufl., Filiz Kitabevi, Istanbul, 1986, S. 503 ff.; **Köprülü/Kaneti**, S. 246; **Oğuzman/Dural**, S. 272; **Dural/Öğüz/Gümüş**, Nr. 1716.

⁵⁵ **Feyzioğlu**, S. 503 f.; **Hatemi**, Hüseyin: *Aile Hukuku*, 8. Aufl., On İki Levha Yayıncılık, Istanbul, 2020, Nr. 830; **Dural/Öğüz/Gümüş**, Nr. 1716; **Öztan**, S. 520 f.

⁵⁶ **Feyzioğlu**, S. 503 ff.; **Hatemi**, Nr. 836 ff.

⁵⁷ **Akil**, S. 83; **Öztan**, S. 488; Yargıtay HGK, E. 1997/2-803, K. 1997/1045, T. 10.12.1997; Yargıtay 2. HD, E. 2017/3517, K. 2018/13958, T. 4.12.2018; Yargıtay 2. HD, E. 2005/10528, K. 2005/13106, T. 29.9.2005; Yargıtay 2. HD, E. 2002/10809, K. 2002/11773, T. 10.10.2002. Zur Ansicht, dass Art. 184 Abs. 1 N. 5 des türk. ZGB mit dem Inhalt, dass die Vereinbarungen über die Folgesachen der Scheidung oder der Trennung zur Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch den Richter bedürfen, dem Interesse der Ehegatten und des Kindes dient, siehe **Aras**, S. 170.

⁵⁸ **Pekcantez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 612; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, S. 52 f.

⁵⁹ **Kaplan**, S. 134; **Bilge**, S. 106.

⁶⁰ Art. 41 des türk. Grundgesetzes lautet, *“Die Familie ist die Grundlage der türkischen Gesellschaft. Der Staat trifft die notwendigen Massnahmen und gründet die notwendigen Einrichtungen, um das Wohl und Heil der Familie sowie insbesondere den Schutz der Mutter und der Kinder und die Lehre und Anwendung der Familienplanung zu gewährleisten.”*

⁶¹ Yargıtay 2. HD, E. 2013/18235, K. 2014/15, T. 13.1.2014.

über das Sorgerecht nicht mediationstauglich, da gerade kein bloßer privatrechtlicher Konflikt vorliegt⁶².

4) Eltern-Kind-Beziehung

Ein weiteres Mediationsthema wäre die Gestaltung der persönlichen Beziehung der Eltern zu ihren Kindern nach der Scheidung. Gemäß Art. 182 Abs. 1 des türk. ZGB trifft der Richter über die Ausgestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern bei der Scheidung oder Trennung die nötigen Verfügungen nach Anhörung der Eltern und nötigenfalls der Vormundschaftsbehörde. Ferner wird in Art. 323 des türk. ZGB geregelt, dass der Elternteil, der die elterliche Sorge oder Obhut nicht erhalten hat, Anspruch auf angemessenen persönlichen Umgang mit den Kindern zu haben. Zudem wird in Art. 41 Abs. 2 des türk. Grundgesetzes vorgesehen, dass jedes Kind das Recht auf Schutz und Fürsorge sowie vorbehaltlich offensichtlich höherer Interessen des Kindes auf Begründung und Unterhaltung einer persönlichen und direkten Beziehung zur Mutter und zum Vater hat. Zu beachten ist aber, dass die Gestaltung der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern nach der Scheidung die Aufgabe und Befugnis des Richters ist (*Art. 182 des türk. ZGB*). Deshalb können die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern nach der Scheidung nicht durch die Mediation ausgestaltet werden⁶³.

5) Güterrechtliche Wirkungen

Kommt es zum Streit zwischen den Geschiedenen über güterrechtliche Folgen, hat dieser Streit in der Regel eine wirtschaftliche Dimension, etwa bei Ansprüchen auf Ausgleich des Güterstands (*wie Eigenanteilansprüche, Werterhöhungsansprüche*). Da die Ausgleichsansprüche infolge der Beendigung des Güterstands rein wirtschaftliche Aspekte betreffen und daher der uneingeschränkten Disposition der Geschiedenen unterliegen,

⁶² Dementsprechend siehe **Tercan**, S. 47; zur Mediationstauglichkeit der Bestimmung des Sorgerecht-Berechtigten und der Beziehung des Kindes zum Ehegatten, welchem das Sorgerecht nicht zusteht, siehe **Özbek**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Band: 2, S. 862.

⁶³ **Bilge**, S. 106; **Kaplan Güler**, S. 166 ff., 182, 192 f.; **Akil**, S. 83 f.; **Uyumaz/Erdoğan**, s. 157; hinsichtlich des Kindergelds siehe **Uyumaz/Erdoğan**, s. 155 ff.; zur Mediationstauglichkeit der Gestaltung der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern siehe **Bulur**, *Armağan* 2015, S. 502.

können diese Ausgleichsansprüche Gegenstand einer Familienmediation sein⁶⁴.

6) Häusliche Gewalt

Auch bei häuslicher Gewalt stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Familienmediation. In Art. 1 Abs. 2 des türk. Mediationsgesetzes wird ausdrücklich geregelt, dass die Konflikte über häusliche Gewalt nicht mediationstauglich sind⁶⁵. Danach wird die Familienmediation für einen Konflikt unzulässig erklärt, welcher nur aus häuslicher Gewalt entstanden ist. Beispielsweise liegen die Schadenersatzansprüche aus Gewalttaten des Ehegatten außerhalb des Anwendungsbereichs der Familienmediation. Zugelassen ist andererseits die Familienmediation für Konflikte mit wirtschaftlichem Bezug, wie z.B. die Schadenersatzansprüche, über die die

⁶⁴ **Taşpolat Tuğsavul**, S. 110, 113; vgl. **Bulur**, Armağan 2015, S. 501; **Özbek**, ABD 2001, S. 131; **Başözen**, Ahmet: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı'na Dair Değerlendirme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 2, Heft: 1-2, 2007, S. 235-239; **Uyumaz/Erdoğan**, s. 151 ff.; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 2, S. 862 und S. 1186, Fn. 29; **Demircioğlu**, Huriye Reyhan: 6325 Sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), S. 64, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KİTABI.pdf>; zur Mediationstauglichkeit des Schadenersatzes und Schmerzgeldes siehe **Kaplan Güler**, S. 123 ff., 127 ff.; **Bilge**, S. 104; zur Mediatonstauglichkeit der Konflikte über die Bedürftigkeitsrente nach Art. 175 des türk. ZGB siehe **Şipka**, S. 174; **Kaplan Güler**, S. 140 f.; **Bilge**, S. 104. Darüber, dass die Ansprüche aus dem Ausgleich des Güterstands für die Mediation nicht geeignet sind, siehe **Uyumaz/Erdoğan**, s. 154 f.

⁶⁵ Art. 48 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt von 2011 (*sog. Istanbul-Konvention*) sieht das Verbot verpflichtender alternativer Streitbeilegungsverfahren bei Konflikten mit der Behauptung häuslicher Gewalt vor. Dies ist auch so zu interpretieren, dass bei Konflikten mit der Behauptung häuslicher Gewalt freiwillige Mediation nach dem Übereinkommen nicht verboten ist.

Über das Verbot verpflichtender alternativer Streitbeilegungsverfahren für die Konflikten in Bezug auf Gewalt gegen Frauen siehe auch Art. 48 Abs. 1 der Istanbul-Konvention: „Die Vertragsparteien treffen die erforderlichen gesetzgeberischen oder sonstigen Maßnahmen, um verpflichtende alternative Streitbeilegungsverfahren, einschließlich Mediation und Schlichtung, wegen aller in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt zu verbieten.“. Zur Ablehnung der Mediation bei häuslicher Gewalt aufgrund öffentlichen Interesses s. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, § 22, S. 612. Zu Beachte ist auch, dass die Konflikte über häusliche Gewalt durch einen gerichtlichen Urteil zu lösen sind und daher von der Mediation ausgeschlossen sind. Darüber s. **Ekmekçi/Özekes/Atal/Seven**, S. 53.

Konfliktparteien frei verfügen dürfen⁶⁶. Im Rahmen der Scheidung könnte der Fall sein, dass eine Scheidungsklage wegen häuslicher Gewalt bereits erhoben wurde und es um die finanzielle Folgen der Scheidung geht⁶⁷.

Der Ausschluss der Konflikte über häusliche Gewalt aus der Mediation wird von der Justizkommission damit begründet, dass die Parteien bei den Verhandlungen während der Mediation frei von Druck und Angst sein sollen. Die Mediation muss in einer Atmosphäre geschehen, in der beide Parteien sich sicher fühlen. Untersuchungen legen dar, dass die Parteien sich unsicher fühlen, wenn häusliche Gewalt vorliegt oder eine Partei der anderen droht. Infolgedessen sind die Konflikte anlässlich häuslicher Gewalt nicht mediationstauglich⁶⁸.

Daher wird vertreten, dass die Konflikte in Bezug auf häusliche Gewalt und die Konflikte in Bezug auf Gewalt gegen Frauen voneinander unterschieden werden müssen, bevor die Mediationstauglichkeit festgestellt wird⁶⁹.

Beachtlich ist, dass häusliche Gewalt als physische, psychologische, verbale ökonomische, soziale und sexuelle Gewalt sich zeigen könnte. Wie oben erwähnt, ist der Grund für den Ausschluss der Mediation bei Rechtstreitigkeiten wegen häuslicher Gewalt, dass der Opfer mit dem anderen Ehegatte ein Mediationsverfahren auf gesunde Weise nicht führen könnte. Im konkreten Fall soll es beantwortet werden, je nachdem ob ein Ehegatte sich wegen häuslicher Gewalt unter Druck fühlt und sich während des Mediationsverfahrens freiwillig entscheidet⁷⁰.

⁶⁶ **Özbek**, ABD 2001, S. 131; **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 2, S. 1186; **Demircioğlu**, 2015, S. 71 ff.

⁶⁷ Zur Einzelheiten und zum Streit darüber siehe **Demircioğlu**, 2015, S. 71 ff.; **Demircioğlu**, 2018, S. 55.

⁶⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf>; siehe auch Art. 48 der Istanbul-Konvention, <https://rm.coe.int/1680462545>.

⁶⁹ Über ausführliche Informationen siehe **Börü**, Levent: Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017 (Sonderheft), S. 173 ff.

⁷⁰ Darüber siehe **Yıldız**, Pervin: Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), S. 33-52 m.w.N., <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KİTABI.pdf>. Darüber, dass die Familienmediation über familienrechtliche Konflikte unmöglich ist, siehe die Ansicht von Frauenrechtszentrum der Anwaltskammer Istanbul <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=14275&Desc=Aile-Hukukunda-Arabuluculuk-Olmaz->

Es gibt aber auch Gründe, die an einem generellen Ausschluss der Konflikte anlässlich häuslicher Gewalt aus dem Anwendungsbereich der Familienmediation zweifeln lässt. So kann es beispielsweise durchaus auch im Interesse aller Parteien, gerade auch des Opfers, sein, den Konflikt möglichst schnell lösen zu wollen. Ein Konflikt kann aber gerade im Rahmen einer Familienmediation schneller zu einem Ende gebracht, werden als in einem Gerichtsverfahren.

4. Gesetzänderungsvorschlag

Nach Art. 7 Abs. 1 des türk. Gesetzes über die Einrichtung, die Pflichten und das Verfahren von Familiengerichten fordert das Familiengericht, je nach der Eigenart der zu bearbeitenden Streitigkeiten oder Angelegenheiten, vor Eintritt in die Verhandlung zur Sache, durch Feststellung der Probleme zwischen den Ehegatten bzw. Kindern unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der gegenseitigen Zuneigung, des Respekts und der Toleranz eine vergleichsweise Lösung und zieht dazu erforderlichenfalls Fachleute heran. Wird eine solche Einigung nicht erreicht, so wird in der Sache weiter verhandelt⁷¹.

Es bräuchte wichtiger Gesetzesänderungen des türk. ZGB, wenn anerkannt werden würde, dass die Ehe allein durch das Mediationsverfahren, ohne Beteiligung des Richters aufgelöst werden könnte. Für diesen Fall wäre ein Vorschlag zur Änderung des Art. 7 des Gesetzes über die Einrichtung, die Zuständigkeit und das Verfahren der Familiengerichte: *„Das Familiengericht strebt, je nach Eigenart der zu verhandelnden Streitigkeiten oder Angelegenheiten, vor Beginn der Verhandlung zur Sache, durch Feststellung der Probleme zwischen Ehegatten bzw. Kindern und unter den Gesichtspunkten des Schutzes der gegenseitigen Zuneigung, des Respekts und der Toleranz, eine Lösung in Form eines Vergleichs oder Mediation an. Hierfür zieht es erforderlichenfalls Fachleute heran. Wird eine solche Einigung nicht erreicht, so wird in der Sache erhandelt“*⁷². Dies bedeutet aber, auf gerichtliche Kontrolle zu beharren. Danach soll Art. 184 Abs. 1 Nr. 5 des türk. ZGB so geändert werden: *„Die Vereinbarungen über die Folgesachen der Scheidung oder der Trennung zur Rechtsgültigkeit bedürfen der Genehmigung durch den Richter, auch wenn sie durch die Mediation abgeschlossen wurde“*. Gemäß der Gesetzesänderung mit diesem Inhalt bedürfe es eine weitere Regelung über die Vollstreckbarkeit des

⁷¹ <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/famgg.pdf>.

⁷² Zur Übersetzung siehe <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/famgg.pdf>.

Vergleichs nicht. Nach den geplanten Änderungen in der Türkei muss der Vergleich, das mit Hilfe des Mediators abgeschlossen wird, vom Richter überprüft werden⁷³.

5. Ergebnis

Hintergrund der Verbreitung der Mediation in der Türkei ist die türkische Konfliktkultur. Die „*Mediation*“ ist ein Teil des türkischen Gesellschaftslebens. Die Anerkennung der Möglichkeit zur einvernehmlichen und schnellen Lösung familienrechtlicher Konflikte durch einen unparteiischen und fachkundigen Dritten im türkischen Recht ist jedoch ein neues und aktuelles Thema.

Wegen der unvollständigen und rudimentären Regelung der Familienmediation im türkischen Mediationsgesetz bedarf es der Bestimmung der mediationstauglichen Gegenstände. Ob ein Konflikt vom Anwendungsbereich der Familienmediation erfasst ist, lässt sich zusammenfassend anhand folgender Kriterien bestimmen: Die Konflikte sind

- privatrechtlich (können Auslandsbezug haben),
- unterliegen der Disposition der Parteien,
- sind nicht dem zwingenden Recht unterworfen,
- betreffen nicht die öffentliche Ordnung.

Danach sind nur die Ausgleichsansprüche infolge der Beendigung des Güterstands die Gegenstände der Familienmediation anlässlich der Scheidung im türkischen Recht. Demgegenüber sollten die Scheidung selbst; Konflikte über die Anordnung, Änderung oder Aufhebung der genannten Maßnahmen gemäß Art. 169 des türk. ZGB; die Konflikte über das Sorgerecht; die Gestaltung der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern nach der Scheidung; Konflikte in Bezug auf häusliche Gewalt aus der Familienmediation ausgenommen werden.

⁷³ Zum Gesetzesänderungsvorschlag siehe der Bericht von Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Aile Arabuluculuğu Mevzuat Çalıştayı III (*unveröffentlicht, privat mitgeteilt per Email von Prof.Dr. Şükran Şıpka*), zum Workshop s. <https://www.coe.int/tr/web/ankara/-/3rd-workshop-on-family-mediation>. Hiermit bedanke ich mich bei geehrter Prof.Dr. Şükran Şıpka für ihre akademische Hilfe.

LITERATURVERZEICHNIS

- Akcan**, Recep: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, S. 39-51.
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Aile Hukuku, Band: 2, 22. Aufl., Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- Akil**, Cenk: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Band:1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, S. 75-137.
- Akkaya**, Tolga: Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimın Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, Ankara Barosu Dergisi, Heft: 2014 /3, S. 23-62.
- Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Aufl., Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, 2006.
- Aras**, Bahattin: Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Ankara Barosu Dergisi, Jahr: 65, Heft: 2, Frühling 2007, S. 158-178.
- Başözen**, Ahmet: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı'na Dair Değerlendirme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 2, Heft: 1-2, 2007, S. 235-239.
- Bilge**, M. Turgay: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014, S. 93-114.
- Börü**, Levent: Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017 (Sonderheft), S. 173-198.
- Bulur**, Alper: Alternatif Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, Jahr: 65, Heft: 4, 2007, S. 30-46.
- Bulur**, Alper: 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof.Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Band: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, S. 499-514.
- Demircioğlu**, Huriye Reyhan: Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Jahr: 6, Heft: 23, 2015, S. 45-84.

- Demircioğlu**, Huriye Reyhan: 6325 Sayılı Kanun'un Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), S. 53-56, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KİTABI.pdf>.
- Deren Yıldırım**, Nevhis: Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Aile Hukuku, Band: 3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Aufl., On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Ercan**, İbrahim: Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 4, Heft: 2, 2014, S. 249-269.
- Ertekin**, Erol/**Karataş**, İzzet: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Aufl., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Gençcan**, Ömer Uğur: Boşanma Usul Hukuku, 2. Aufl., Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku, 8. Aufl., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Ildır**, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, S. 385-399.
- Ildır**, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Kaplan**, Yavuz: Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Band: 28, Heft: 1-2, 2008, S. 115-146.
- Kaplan Güler**, Beyhan: Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014.

- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, 4. Aufl., Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Koç**, Evren: Arabuluculuk Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tespitler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014, S. 43-51.
- Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Oğuzman**, Kemal/**Dural**, Mustafa: Aile Hukuku, 2. Aufl., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.
- Özbek**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Özbek**, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Band: 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Özbek**, Mustafa Serdar: Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk, Ankara Barosu Dergisi, Heft: 3, 2001, S. 113-139.
- Özbek**, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 7, Heft: 2, 2005, S. 71-102.
- Öz mumcu**, Seda: Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Öz tan**, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, 6. Aufl., İstanbul, 2018.
- Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid K.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Band: 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960.
- Semizoğlu**, Hakan: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş ve İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İstanbul Barosu Dergisi, Band: 82, Heft: 5, 2008, S. 2411-2415.
- Sungurtekin Özkan**, Meral: İnşai Karar ve Özellikleri, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, S. 553-576.
- Şanlı**, Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Şıpka**, Şükran: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Jahr: 6, Heft: 12, Herbst 2007 (Sonderheft), S. 163-175.

- Tanrıver**, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Heft: 64, Mai-Juni 2006, S. 151-177.
- Tanrıver**, Süha: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Makalelerim II (2006-2010), Adalet Yayınları, Ankara, 2011, S. 183-211.
- Tanrıver**, Süha: Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi, Makalelerim III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, S. 199-203.
- Tanrıver**, Süha: Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tenfizî Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Band: 17, Heft: 1-2, 1997, S. 467-492.
- Taşpolat Tuğsavul**, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Tercan**, Erdal: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 5, Heft: 3, Ankara, 2003, S. 19-54.
- Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006.
- Uyumaz**, Alper/**Erdoğan**, Kemal: Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Band: 17, Heft: 1, 2015, S. 119-169.
- Ürem Çetinel**, Merve/**Güneş**, Biset Sena: Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Heft: 1, 2020, S. 309-340.
- Yakut**, Bahadır: Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletler Örneği, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2010, Band: 1, Heft: 1, S. 29-80.
- Yıldırım**, M. Kamil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, S. 337-360.
- Yıldız**, Pervin: Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (6-7 Aralık 2018), S. 33-52, <https://www.aybu.edu.tr/hukuk/contents/files/ARABULUCULUK%20SEMPOZYUM%20KİTABI.pdf>.
- Zevkililer**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Acabey**, M. Beşir/**Gürpınar**, Damla: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Aufl., Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ANONİM ŞİRKETTE GENEL KANUNİ YEDEK AKÇE KAVRAMINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899900>

*Arş. Gör. Dr. Raziye AKSU ÖZKAN**

Öz

Bu çalışmada, anonim şirkette genel kanuni yedek akçe kavramına bağlanan hukuki sonuçlar incelenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 519'da anonim şirketin genel kanuni yedek akçe ayırma zorunluluğu düzenlenmiştir; ancak öğretilerde genel kanuni yedek akçenin kapsamına dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bu sebeple, ilk olarak genel kanuni yedek akçe kavramı ele alınmıştır. Bu belirlemeye göre, genel hatlarıyla genel kanuni yedek akçenin kapsamına değinilmiştir. Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir (TTK m. 519/3). Hüküm bağlamında, genel kanuni yedek akçe tutarının kanunda öngörülen sınırın altında kalıp kalmamasına göre genel kanuni yedek akçenin kullanılabilmesi hâller incelenmiştir. Burada özellikle hükümde öngörülen kullanım yerlerinin yerindeliği sorgulanmıştır. Son olarak hükme aykırı kullanımın hukuki sonuçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirket, Yedek Akçe, Genel Kanuni Yedek Akçe, Şirket Zararı, Finansal Tablolar

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: raziye_aksu1905@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2245-863X> (Makalenin Geliş Tarihi: 04.12.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 07.12.2020/Makale Kabul Tarihi: 12.02.2021)

LEGAL CONSEQUENCES RELATED TO THE CONCEPT OF GENERAL LEGAL RESERVE IN A JOINT STOCK COMPANY

Abstract

In this study, the legal consequences related to the concept of general legal reserves in joint stock companies are examined. In article 519 of the Turkish Commercial Code numbered 6102, the obligation of the joint stock company to allocate general legal reserves is regulated; however, there are different views on the scope of the general legal reserve in the doctrine. For this reason, firstly, the concept of general legal reserves has been discussed. According to this determination, the scope of general legal reserves has been mentioned. To the extent the general reserve does not exceed half of the capital, the general reserve may be used only to cover loses or for measures designed to sustain the company through difficult times or to prevent unemployment to mitigate the consequences therefrom (TCC Art. 519/3). In the context of the provision, the circumstances in which the general legal reserves can be used have been examined, depending on whether the amount of the general legal reserve is below the limit stipulated in the law. Here, the appropriateness of the places of use foreseen in the provision is particularly questioned. Finally, the legal consequences of illegal use are discussed.

Keywords

Joint Stock Company, Reserve, General Legal Reserve, Company Loss, Financial Tables

GİRİŞ

Anonim şirket belirli bir sermaye ile kurulur ve bu sermaye, şirketin faaliyetlerinin yürütülmesi için kullanılır. Bu faaliyetlerden kazanç sağlanması sonucunda, şirketin malvarlığı artar. Bununla birlikte, şirketin işleri kötü gidebilir ve finansal durumu bozulabilir. İşte kanun koyucu, bu tarz durumlarda kullanılmak üzere şirketlere yedek akçe ayırma yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre, anonim şirket 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 519 uyarınca genel kanuni yedek akçe ayırmak zorundadır. Hükmün birinci ve ikinci fıkrasında genel kanuni yedek akçenin kaynakları; üçüncü fıkrasında da hangi hâllerde kullanılabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kanaatimizce hükmün anlaşılabilmesi hukuki bilgi yanında bilanço bilgisini de gerektirir. Zira genel kanuni yedek akçeyi oluşturan kaynaklar ve bu akçenin çözülebileceği hâllerden biri olan şirket zararı bilançoda raporlanmaktadır. Bu bağlamda, bu çalışmada genel kanuni yedek akçe kavramı ve buna bağlanan hukuki sonuçlar incelenmiştir. Bu inceleme esnasında özellikle genel kanuni yedek akçenin kullanım alanına getirilen sınırlandırmaların yerindeliği ve gerekliliği değerlendirilmiştir.

I. GENEL KANUNİ YEDEK AKÇE KAVRAMI

TTK'de yedek akçenin açık bir şekilde tanımı yapılmamış, bunun yerine TTK m. 519 ilâ 523 arasında hangi hâllerde yedek akçe ayrılabilceği ve buna ilişkin ayrıntılar düzenlenmiştir. Buna karşılık öğretide yedek akçe farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüş yedek akçeyi sadece kâr üzerinden açıklamaktadır. Bu görüşe göre yedek akçe, birikmiş kârdır¹. Benzer bir tanıma göre yedek akçe, anonim şirketin safi kârından ayrılan, ortaklara dağıtılmayan, şirket içinde bırakılan tutardır². Kanaatimizce yedek akçe

¹ **Birsel**, Mahmut T.: Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, C. 1, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1973, s. 42.

² **Karayalçın**, Yaşar: Muhasebe Hukuku, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988, s. 103, 113; **Erimez**, Rüştü: Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçeler ve Vergileme, Temel Yayınları, İstanbul, 1985, s. 283, 292; **Çevik**, Orhan Nuri: Anonim Şirketler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1988, s. 1036; **Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 217; **Karyağdı**, Nazmi: Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı, 4. Baskı, Oluş Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 165; **Akyol**, Mehmet Emin: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yedek Akçeler", Yaklaşım Dergisi, S. 238, Y. 2012, s. 46; **Fahran**, Fahrettin: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması", Yaklaşım Dergisi, S. 224, Y. 2011, s. 94; **Şener**, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 493; **Bilgili**,

yalnızca kâr esas alınarak tanımlanmamalıdır. Zira TTK m. 519/2(a) ve (b) uyarınca pay ihraç primlerinin ve iptal edilen pay senetlerinin bedelinin hükümde yer alan ayrımlar yapıldıktan sonra kalan tutarı da yedek akçenin kaynakları arasındadır³. Başka bir görüşe göre yedek akçe, esas sermayeyi aşan net malvarlığıdır⁴. Buna göre yedek akçenin kaynağı sadece kâr değildir; çünkü yedek akçe bazı hâllerde pay bedelinin itibari değerini aşan ihraç bedellerinden ve iskat kazançlarından doğabilir⁵. Bu tanımda yer alan net malvarlığı, muhasebe hukuku açısından özkaynak terimini karşılamakta olup⁶, kanaatimizce bu tanım, bilançoda özkaynak grubunda raporlanan hesaplar dikkate alındığında yerinde değildir. Zira özkaynak grubunda esas sermaye ve yedek akçeler dışında hesaplar da bulunmaktadır⁷. Bununla birlikte öğretide yedek akçenin ayrılma amacı esas alınarak yapılan tanımlar da vardır⁸.

Fatih/Demirkapı, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, s. 518.

³ **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 313; **Altaş, Soner:** Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 10; **Aksu Özkan, Raziye:** Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 247-249; **Göktuna, H. D. Ege:** Anonim Ortaklıklarda Kanuni Yedek Akçeler, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 3; **Çağırğan Tuncer, Senar/Ulusoy, Yasin:** “Yedek Akçeler”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 1974.

⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 313; Tekinalp, Ünal:** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 248; **Tekil, Fahiman:** Şirketler Hukuku, C. 2, Anonim Şirketler, 2. Bası, Otağ Matbaası, İstanbul, 1978, s. 644; **Karyağdı, s. 165; Altaş, s. 1; Akbulak, Yavuz:** “Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı Esasları ve Yedek Akçeler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s. 173; **Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 2367.

⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 313.**

⁶ “Net malvarlığı” kavramının hukuk terminolojisinde, borçları aşan malvarlığı (aktifler) olarak nitelendirildiği hususunda bkz. **Çağırğan Tuncer/Ulusoy, s. 1974 dñn. 8.**

⁷ Özkaynaklar grubunda, ödenmiş sermaye, sermaye düzeltme farkları, sermaye katkıları, paylara ilişkin primler/iskontolar, kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler ve fonlar, kâr veya zararda yeniden sınıflandırılmayacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş gelirler (giderler), kâr veya zararda yeniden sınıflandırılacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş gelirler (giderler), geçmiş yıllar kârları, geçmiş yıllar zararları ve dönem net kârı (zararı) hesapları bulunur. İnceleme için bkz. **Aksu Özkan, s. 241-287.**

⁸ Buna göre öğretide verilen tanımlardan birine göre yedek akçe, ileride meydana gelebilecek ziyanları kapatmak, beklenen veya beklenilmeyen kayıp ve masrafları karşılamak, işletmenin idamesi ve gelişimini, istikrarlı kâr payı dağıtımını temin maksadıyla, kazançlardan alıkonulmak suretiyle açık veya gizli olarak ayrılan kıymetlerdir. Bkz.

Yedek akçeler ayrılmalarını öngören veya karara bağlayan kaynak açısından⁹; “kanuni, esas sözleşmesel ve genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeler” şeklinde üçe ayrılır¹⁰. Kanun koyucu sermaye şirketlerine elde ettikleri kazançların bir kısmını ayırma zorunluluğu getirmiştir. Bu sebeple, öğretide kanuni yedek akçeler, “kanunun emredici hükümlerine göre ayrılması zorunlu olan yedek akçeler” olarak tanımlanmaktadır¹¹. Kanuni yedeklerin harcanmalarına belirli durumlarda izin verildiğinden, bunların harcan-

Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, C. IV-V, Anonim Şirketin Hesapları, Anonim Şirketin İnfisalı ve Tasfiyesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961, s. 69 (C. IV-V); **Doğanay**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2, Feryal Matbaası, Ankara, 1990, s. 1036; **Sevilengül**, Orhan: Genel Muhasebe, 18. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016, s. 595. Benzer tanım için bkz. **Burçkin**, Emre: “Yedek Akçeler ve Sermaye İlaveleri”, Prof. Dr. Mübaccel Kıray’a Armağan, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 1990, s. 432; **Üçışık**, Güzin/**Çelik**, Aydın: Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolarda Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımını, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 184.

⁹ Yedek akçeler ayrılış amacı açısından serbest ve bağlı yedekler; kökeni yönünden ise kârdan ayrılan ve esas sermayenin itibari değerini aşan ödemelerden doğan yedek akçeler olarak ayırma tâbi tutulmaktadır. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 313; **Arı**, Zekerriyya: Şirketler Hukuku, (der. Sami Karahan), Mimoza Yayınları, Konya 2012, s. 487.

¹⁰ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 313; **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 300; **Şener**, s. 493; **Fahran**, s. 94; **Akyol**, s. 46; **Pulaşlı**, s. 2369; *Karayalçın* yedek akçeleri kanuni ve ihtiyari yedek akçe olarak ikiye ayırmaktadır. İhtiyari yedek akçe, statü hükümlerine göre veya genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçelerdir. Bkz. **Karayalçın**, s. 114; **Moroğlu**, s. 219. İsviçre Hukuku’nda aynı ayırım için bkz. **Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 1996, § 50 N. 7 ve devamı; **Neuhaus**, Markus R./**Balkanyi**, Patrick: Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR, (her. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf), 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, Art. 671, N. 4a; **Imark**, Lukas/**Lipp**, Lorenz: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR, (her. Riberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016, Art. 671, N. 1; **Meister**, Thomas: OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (her. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, Art. 671, N. 1.

¹¹ **Üçışık/Çelik**, s. 222; **Pulaşlı**, s. 2372; **Bahtiyar**, s. 300; **Arı**, s. 487; **Çağırğan Tuncer/ulusoy**, s. 1978; **Tanış**, Veysi Naci: Genel Muhasebe İlkeler ve Uygulamalar, 9. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana 2016, s. 280; **Akyol**, s. 46; **Neuhaus/Balkanyi**, Art. 671, N. 9; **Imark/Lipp**, Art. 671, N. 5; **Erimez**, s. 285; **Erimez**, Rüştü: “Yedek Akçeler”, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, S. 18, Y. 1969, s. 70 (Yedek Akçeler); bu sebeple *Karayalçın* kanuni yedek akçeleri, mecburi yedek akçe olarak da adlandırmaktadır. Bkz. **Karayalçın**, s. 114.

maları serbest değildir¹². Keza kanuni yedek akçeler, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz ve sınırlandırılmazlar¹³.

TTK’de kanuni yedek akçe, “TTK m. 519 uyarınca genel kanuni yedek akçe” ve “TTK m. 520 uyarınca şirketin iktisap ettiği kendi pay senetleri için ayrılan yedek akçe ve yeniden değerlendirme fonları” şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir. TTK m. 519/1 uyarınca yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır. Bu ayırım yapıldıktan sonra pay senedi ihraç primleri, pay senedi iptal kârları ve kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak tutarın yüzde onu genel kanuni yedek akçeye eklenir [TTK m. 519/2(a-c)]. Buna göre hükümde dört farklı kaynağın genel kanuni yedek akçeyi oluşturduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, öğretide TTK m. 519’da yer alan ayrımların hukuki nitelendirilmesiyle ilgili bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre sadece TTK m. 519/1’de düzenlenen yıllık kârdan yapılacak ayırım “genel kanuni yedek akçeyi” oluşturur. Kanuni yedek akçe kavramı ise, birinci ayrımla oluşan genel kanuni yedek akçe ile TTK m. 519/2’de sayılan “paraların” eklenmesi sonucunda meydana gelen bütünü ifade etmektedir¹⁴. Diğer görüş ise, genel kanuni yedek akçenin TTK m. 519/1 ve 2’de yer alan kalemlerin tamamından oluştuğu yönündedir¹⁵. Kanaatimizce de genel kanuni yedek akçe kavramı, TTK m. 519/1 ve 2’deki tüm ayrımları kapsar. Zira hükmün kenar başlığı “genel kanuni yedek akçe”dir ve madde kenar başlığı TTK’ye dâhildir (TTK m. 1534/1). Keza, hem birinci hem de ikinci fıkrada genel kanuni yedek akçe kavramı kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, bu tartışmanın temeli

¹² **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 315; **Karayalçın**, s. 114; **Tekinalp**, s. 278; **Canözü**, Salih: Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 67; **Ateşagaoglu**, Erdem: Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 57.

¹³ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 315; ETK m. 466 için aynı yönde bkz. **Tekinalp**, s. 278.

¹⁴ **Üçışık/Çelik**, s. 222, 223; ETK döneminde aynı yönde bkz. **Erimez**, s. 282; **Doğanay**, s. 996.

¹⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 323; **Yanlı**, Veliye: “Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXX, S. 1, Y. 2014, s. 9; **Altaş**, Soner: “Anonim Şirketlerde Kanuni ve İhtiyari Yedek Akçe Ayrımı”, Bankacılar Dergisi, S. 93, Y. 2015, s. 34, 36 (Yedek Akçe); **Moroğlu**, s. 221 dpn. 312; **Pulaşlı**, s. 2374; **Aksu Özkan**, s. 255; **Badak**, Zehra: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 104, 105; **Gürbüz Usluel**, bu konuya ilişkin herhangi bir tartışma yapmamakla birlikte, genel kanuni yedek akçe başlığı altında TTK m. 519/1 ve 2’de yer alan bütün unsurları ele almıştır. Bkz. **Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 22, 23.

hükmün ETK dönemindeki karşılığını oluşturan m. 466'ya dayanmaktadır¹⁶. Nitekim hükmün hem kenar başlığının kanuni yedek akçe olması hem de ikinci fıkrada genel kanuni yedek akçe kavramı geçmemesi sebebiyle ETK m. 466, öğretilerde tartışmalara sebep olmuştur¹⁷. Bu dönemde oluşan tartışmalara son vermek adına TTK m. 519'un madde metin başlığı genel kanuni yedek akçe olarak değiştirilmiş ve ikinci fıkraya da aynı kavram eklenmiştir¹⁸. Ayrıca hükmün mehzazını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu

¹⁶ “Kanuni yedek akçe” kenar başlıklı ETK m. 466 uyarınca, “Her yıl safi karın yirmide birinin ödenmiş esas sermayenin beşte birini buluncaya kadar umumi yedek akçe olarak ayrılması mecburidir. Kanuni haddini bulduktan sonra dahi bu akçeye aşağıdaki paralar eklenir: 1. Hisse senetlerinin çıkarılmasında, çıkarma masrafları indirildikten sonra, itibari kıymetten fazla olarak elde edilen hasılatın itfalara veya yardım ve hayır işlerine sarf edilmeyen kısmı; 2. İptal edilen hisse senetlerinin bedellerine mahsubene yapılan ödemelerin, bunların yerine çıkarılan senetlerden elde edilen hasılat noksanı kapatıldıktan sonra, artan kısmı; 3. Safi kardan, birinci fıkrada yazılı yedek akçeden başka pay sahipleri için %5 kar payı ayrıldıktan sonra, pay sahipleriyle kara iştirak eden diğer kimselere dağıtılması kararlaştırılmış olan kısmın onda biri;”.

¹⁷ *Hiçşaşmaz*, maddenin bu yazılış şekli ile “kanuni ihtiyat”ın bütünlüğü bozulduğunu, bu durumun bazı hatalı uygulamalara yol açtığını ifade etmektedir. Yazara göre, birinci fıkradaki umumi yedek akçe ile ikinci fıkradaki ihtiyatları birbirinden ayrı şekilde mütalaa ederek, sonuncuları munzam kanuni ihtiyat şeklinde anlamlandırmak isabetli olacaktır (**Hiçşaşmaz**, Mazhar: Anonim Şirketlerde İhtiyat Tefriki ile Alakalı Meseleler, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1964, s. 154, 156). Aynı soruna değinen *Tekinalp*'e göre, hükmün lafzı gereği umumi yedek akçe kanuni yedek akçeden daha dar bir anlama sahiptir ve yalnız ETK m. 466/1'de yer alan ve yıllık kârdan yapılan birinci ayrımı kapsar. Buna karşılık, hükmün lafzının götürdüğü bu sonucun, harcanma açısından etkileri olumsuz olacaktır. Bu sebeple, hükmü, bu sorunla ilgili olarak amacına uygun yorumlamak ve ayrılmış bulunan bu paraların da ETK m. 466/3'teki kurala bağlı olduğu sonucuna varmak doğrudur (**Tekinalp**, s. 287, 288). *Çevik*, umumi yedek akçenin birinci kanuni yedek akçe olarak da tanımlandığını ifade etmekle birlikte, dört kaynağı da umumi yedek akçenin alt ayrımları olarak ele almıştır (**Çevik**, s. 1038-1040). *Karayalçın*, bu soruna değinmeksizin ETK m. 466'da yer alan tüm kalemlerin umumi yedek akçeyi oluşturduğunu ifade etmiştir [**Karayalçın**, s. 116-120; **Karayalçın**, Yaşar: “Mecburi - Kanuni Yedek Akçeler ve Kullanılması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 4, S. 3, Y. 1968, s. 408 (Mecburi Yedek)]. *Erimez* ise, eserlerinde, her iki görüşü de savunmuştur. Yazar, ETK m. 466/1'i umumi yedek akçe, 466/2'de düzenlenen kalemleri ise ek yedek akçe olarak adlandırmıştır. Umumi ve ek yedek akçe, ETK m. 466'da yer alan sınırlandırmalara tâbidir (Bkz. **Erimez**, Yedek Akçeler, s. 78, 97). Buna karşılık, yazar eserinin ilerleyen kısmında, umumi yedek akçenin birinci ve ikinci tertip yedek akçe olduğunu ifade etmiş ve şirket zararının bu iki unsurdan hangisiyle kapatılacağını tartışmıştır (**Erimez**, Yedek Akçeler, s. 100; aynı çelişki için bkz. **Erimez**, s. 343, 349, 350).

¹⁸ Öğretilerde de kanun koyucunun ETK döneminde olduğu gibi sadece birinci ayrımın kanuni yedek akçe olarak işlem görmesinden endişe etmesi sebebiyle her iki fıkrada da genel kanuni yedek akçe kavramını kullandığı ifade edilmektedir. Bkz. **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 323.

[Obligationenrecht (OR)] Art. 671 de aynı şekilde düzenlenmiştir. İsviçre öğretisinde de dört kalemin genel kanuni yedek akçeyi oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁹.

II. GENEL KANUNİ YEDEK AKÇENİN KAPSAMI

Genel kanuni yedek akçenin nelerden oluştuğu TTK m. 519'da iki fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Bu iki fıkrada yer alan tüm kalemlerin, koşulları oluştuğu takdirde ayrılması zorunludur. Kanun koyucu, bu konuda şirkete takdir yetkisi tanımamıştır. Buna göre, genel kanuni yedek akçeyi oluşturan dört farklı kaynak aşağıdaki şekildedir:

İlk olarak TTK m. 519/1 uyarınca yıllık kârın²⁰ yüzde beşi genel kanuni yedek akçeye ayrılacaktır. Bu ayırım kârdan kanunen ayrılması gerekli ilk yedek akçe olduğu için, birinci tertip kanuni yedek akçe olarak adlandırılmaktadır²¹. Birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılması konusunda, ka-

¹⁹ **Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2009, § 8 N. 309; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 50 N. 7; **Kägi**, Urs: Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, (her. Peter Forstmoser), Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2012, § 6 N. 27; **Bauen**, Marc/**Bernet**, Robert: Schweizer Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2007, § 6 N. 372-376; **Glanzmann**, Lukas: “Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2017, s. 277, <https://www.alexandria.unisg.ch/257247/1/SZW%20Bilanzierung%20des%20EK.pdf>, ET. 01.12.2020. Hükmün alındığı OR Art. 671'de de aynı ayrımlar bulunmakla birlikte, muhasebe kanununun revizyonu ile kanuni yedek akçelerin adlandırılmaları değiştirilmiştir. Buna göre yedek akçeler açısından kâr yedeği ve sermaye yedeği şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Kâr yedekleri birinci ve ikinci kanuni yedek akçeden; sermaye yedekleri ise prim, ıskat ve pay sahipleri tarafından yapılan ilave katkılardan oluşmaktadır [OR Art. 959a/2(3-b, c)]. (Bkz. **Dekker**, Stephan: Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, (her. Jeannette K. Wibmer), Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, Art. 671, N. 11; **Imark/Lipp**, Art. 671, N. 2-4; **Meister**, Art. 671, N. 1a). Yeni muhasebe kanunu 2013 yılında yürürlüğe girmiştir; ancak yedek akçelerle ilgili önemli anonim şirketler kanunu hükümleri 23 Aralık 2011 tarihinde Parlamento tarafından açıkça yürürlükten kaldırılmamış ve 2019'da hala yürürlüktedir. Dolayısıyla söz konusu isimlendirmeler, mevcut düzenlemeye uyarlanarak uygulanmaktadır (Bkz. **Böckli**, Peter: OR-Rechnungslegung, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2019, § 4 N. 429, 455-460 (Rechnungslegung); **Glanzmann**, s. 277).

²⁰ TTK m. 508'de yıllık kârın bilançoya göre belirleneceği düzenlenmekle birlikte, kavram öğretide tartışmalıdır. Tartışma esasen birinci tertip yedek akçenin ayrılacağı matraha kurumlar vergisi ve geçmiş yıllar zararının dâhil olup olmadığı hususundadır. Ayrıntılı inceleme için bkz. **Aksu Özkan**, s. 255-269.

²¹ **Birsel**, s. 52; **Burçkin**, s. 434; **Akyol**, s. 47; **Altaş**, Yedek Akçe, s. 34; **Ateşgöğlü**, s. 62; **Göktuna**, s. 10; **Bayazıtli**, Erhan/**Çelik**, Orhan/**Gürdal**, Kadir: Genel Muhasebe,

nundaki yüzde beşlik oran emredicidir. Esas sözleşmeye bu oranın yüzde beşten düşük olacağı şeklinde bir hüküm konamaz²². Kanuni yedek akçenin birinci ayırımı, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar zorunludur. Sınırı belirleyecek olan ödenmiş sermayedir. Dolayısıyla pay sahiplerinin taahhüt ettikleri ancak henüz ödemedikleri tutar dikkate alınmaz²³. Yüzde yirmilik sınıra ulaşıncaya kadar zorunluluk ortadan kalkar²⁴. Bundan sonra ayırma devam edilirse, fazla kısım, anonim şirketin kendi isteği ile ayırdığı yedek akçe olarak nitelendirilecektir²⁵. Ödenmiş veya çıkarılmış sermaye artırılmışsa ve bu nedenle kanuni yedek akçeler tavanın altında kalırsa, zorunluluk yeniden doğar²⁶. TTK m. 519/1'de öngörülen yüzde yirmilik oran esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile arttırılabilir. Buna bağlı olarak oluşturulan yedek akçeler, sermayenin yüzde ellisine kadar aynı esasa tâbi olacaktır²⁷.

İkinci olarak TTK m. 519/2-a uyarınca yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmı genel kanuni yedek akçeye eklenir. Anonim şirkette çıkarılan yeni pay senetlerinin üzerinde yazılı değerine itibari/nominal değer denilir. Pay senedinin itibari değerden daha yüksek değerle satılması hâlinde, pay senetlerinin itibari değeri ile ihraç değeri arasındaki olumlu fark primi oluşturur²⁸. Örneğin bir anonim şirket 4.000.000 TL olan sermayesini, ¼ oranında arttırmaya karar vermiş ve borsada oluşan fiyatlar üzerinden 2.000.000 TL'ye satmıştır. Nominal değeri 1.000.000 TL olan pay senetleri 2.000.000 TL'ye satılarak, 1.000.000 TL'lik pay senedi ihraç primi oluşmuştur²⁹. Şayet çıkarılma gideri, itfa karşılığı ve

Siyasal Kitabevi, Ankara, 2016, s. 508; birinci tertip yedek akçe kavramının kullanımı için bkz. **Üçışık/Çelik**, s. 222; **Erimez**, s. 282.

²² **Karshoğlu**, Hasan: Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 85.

²³ **Tekinalp**, s. 303; **Üçışık/Çelik**, s. 230.

²⁴ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 319; **Altaş**, s. 12; **Canözü**, s. 68.

²⁵ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 319; **Canözü**, s. 75. Ayırma devam, esas sözleşme ile öngörülmüşse esas sözleşmesel; genel kurul kararına dayanıyorsa olağanüstü yedek akçe söz konusu olacağı hususunda bkz. **Doğanay**, s. 1053.

²⁶ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 319; **Tekinalp**, s. 302; **Altaş**, s. 13.

²⁷ **Bilgili/Demirkapı**, s. 519.

²⁸ **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, s. 323; **Moroğlu**, s. 219 dñn. 309; **Yıldız**, Şükrü: "Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio)", Makalelerim 1988-2007, Ankara, 2008, s. 137; **Erimez**, Yedek Akçeler, s. 90; **Canözü**, s. 68; **Sevilengül**, s. 592, 593; **Küçüksavaş**, Nihat: Finansal Muhasebe, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 517; **Böckli**, Rechnungslegung, § 4 N. 510; **Dekker**, Art. 671, N. 5; **Glanzmann**, s. 278.

²⁹ **Aksu Özkan**, s. 248.

hayır amaçlı ödemeler yoksa bu tutarın tamamı genel kanuni yedek akçeye eklenecektir. Söz konusu tutarın genel kanuni yedek akçeye eklenmesi konusunda kanunda bir üst sınır belirlenmemiştir (TTK m. 519/2).

Üçüncü olarak ıskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı genel kanuni yedek akçeye eklenecektir [TTK m. 519/2(b)]. TTK m. 482 uyarınca sermaye taahhüdünü yerine getirmeyen pay sahibinin pay senedi iptal edilerek yerine yeni pay sahibi alınabilir. Bu durum TTK m. 483'te ıskat olarak isimlendirilmekte olup, iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı genel kanuni yedek akçeye eklenir. Söz konusu tutarın genel kanuni yedek akçeye eklenmesi konusunda kanunda bir üst sınır belirlenmemiştir (TTK m. 519/2).

Son olarak TTK m. 519/2-c uyarınca pay sahiplerine yüzde beş³⁰ oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir. Bu ayrıma ikinci tertip kanuni yedek akçe denilmektedir³¹. İkinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı, ilk genel kanuni yedek akçe ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini bulmuş olsa bile zorunludur³². Bununla birlikte, İsviçre öğretisinde bir görüş genel kanuni yedek akçenin OR Art. 671/3'te öngörülen sınıra ulaştıktan sonra, yedek akçenin ikinci ayrımının yapılmasının zorunlu olmadığı yönündedir³³. Zira genel kanuni yedek akçe tutarının sermayenin yarısını aştığı

³⁰ Hükümde yüzde beşlik oranın ne üzerinden hesaplanacağı düzenlenmemiştir. Bu sebeple, öğretilerde yüzde beşlik oranın ödenmiş sermaye üzerinden mi yoksa yıllık kâr üzerinden mi hesaplanacağı tartışmalıdır. Tartışma için bkz. bkz. **Canözü**, s. 111 ve devamı; **Aksu Özkan**, s. 270.

³¹ **Burçkin**, s. 434; **Altaş**, Yedek Akçe, s. 34; **Gökçen**, Gürbüz: Genel Muhasebe, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 366; ikinci kanuni yedek akçe olarak kullanımı için bkz. **Bahtiyar**, s. 300. İsviçre Hukuku'nda yeni kanun taslağında ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı kaldırılmıştır. Bkz. **Imark/Lipp**, Art. 671, N. 28; **Böckli**, Rechnungslegung, § 4 N. 508.

³² **Pulaşlı**, s. 2376; **Dekker**, Art. 671, N. 4; **Imark/Lipp**, Art. 671, N. 9.

³³ **Böckli**, § 8 N. 308; **Meister**, Art. 671, N. 3; **Neuhaus/Balkanyi**, Art. 671, N. 14; **Glanzmann**, s. 280; **Glanzmann**, Lukas: "Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen", in Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, (her. Kunz, Peter V/Arter, Oliver/Jörg, Florian), Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 104 (Gesellschaftsrecht). İsviçre uygulamasında bu eşik değere ulaşıldığında ikinci ayrımın yapılmayacağı yerleşik hâle geldiği hususunda bkz. **Dekker**, Art. 671, N. 4; **Gürbüz Usluel**, s. 26.

hâllerde serbestçe kullanılabilmesi imkânı doğduğundan, genel kanuni yedek akçe olarak ayrılmasına gerek yoktur. Diğer görüş, ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı için bir tavan olmadığı yönündedir³⁴. Zira OR Art. 671/3 ve TTK m. 519/3'ün lafzı, böyle bir yoruma müsaade etmemektedir. Kanaatimizce de ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı için kanuni bir üst sınır bulunmamaktadır. Nitekim TTK m. 519/2'de açıkça, TTK m. 519/1'de öngörülen sınıra ulaşıldıktan sonra da bu ayrımın devam edeceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, TTK m. 519/3, genel kanuni yedek akçenin kullanımı ile ilgilidir ve bu kullanımın belirlenmesi amacıyla bir oran düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kanaatimizce her ikisi de kârdan ayrılmasına rağmen, birinci tertip kanuni yedek akçeye bir üst sınır getirilmesine rağmen, ikinci tertip yedek akçe açısından böyle bir düzenleme olmaması birbiriyle çelişmektedir. Keza esas/çıkarılmış sermayenin yarısını aşan genel kanuni yedek akçenin serbestçe harcanabileceği de göz önünde tutulduğunda, olması gereken hukuk açısından ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrımına bir üst sınır getirilmelidir.

III. GENEL KANUNİ YEDEK AKÇENİN MUHASEBELEŞTİRİLMESİ

Genel kanuni yedek akçe, anonim şirketin bilançosunda muhasebeleştirilir. TTK'de açıkça bilançonun tanımına yer verilmemiştir; ancak TTK m. 68/1'de bilançonun işletmenin varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tablo olduğu yer almıştır. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun (KGG) düzenlemelerinde³⁵ ve öğretide bilanço, "hazırlandığı tarih itibarıyla işletmenin varlık, yükümlülük ve özkaynaklarını gösteren tablo" şeklinde tanımlanmaktadır³⁶. Finansal rapor-

³⁴ **Badak**, s. 118.

³⁵ TTK'de bilançonun düzenlenmesine ilişkin temel düzenlemeler yer almakla birlikte, uygulanacak esas kurallar açısından KGG'nin düzenlemelerine gönderme yapılmıştır (TTK m. 88). KGG tarafından yayınlanan karar ile Türkiye Muhasebe Standartları/ Türkiye Finansal Raporlama Standartları (TMS/TFRS), Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı (BOBİ FRS) geçerli mevzuat olarak belirlenmiştir. TMS/TFRS'de de bilançonun tanımı açıkça düzenlenmemiş; ancak KGG tarafından yayınlanan Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve (FRKÇ) m. 3.3/a'da bilançoda varlık, yükümlülük ve özkaynak unsurlarının bulunacağına yer verilmiştir (FRKÇ için bkz. RG, 27.10.2018, S. 30578). BOBİ FRS m. 1.29 uyarınca bilanço, işletmenin finansal durumu hakkında bilgi vermek üzere hazırlanan ve işletmenin belirli bir tarihteki varlık, yükümlülük ve özkaynaklarını gösteren tablodur.

³⁶ **Sevilengül**, s. 33; **Gökçen**, s. 9; **Gökgöz**, Ahmet: Genel Muhasebe, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s. 5; **Uysal**, Tolga/**Şenlik**, Mehmet: Genel Muhasebe, Seçkin

lamada, şirketin gerçekleştirdiği iktisadi işlemler, niteliklerine göre varlık, yükümlülük veya özkaynak gruplarına aktarılır. Anonim şirketin kuruluş aşamasında, şirketin sahip olduğu varlıklar, ya şirket kurucuları tarafından sağlanmıştır ya da üçüncü kişilere borçlanılarak elde edilmiştir. Bunlardan birinci bölümün kaynağına “Özkaynak”, ikinci bölümün kaynağına “Yükümlülükler” denilir (FRKÇ m. 4.1/a). Şirketin kuruluşunda sadece sermayeden oluşan özkaynak grubuna, şirketin faaliyetleri arttıkça farklı hesaplar eklenir³⁷. Bunlardan biri de genel kanuni yedek akçeye ilişkin hesaplardır. Bunun yanı sıra, bilanço aktif ve pasif taraf ayrımına da tâbi tutulmaktadır. Tablonun sol yanına aktif taraf, sağ yanına da pasif taraf denir³⁸. Aktif taraf, o şirketin varlıklarını; pasif tarafsya bu varlıkların nasıl finanse edildiğine dair bilgileri içeren yükümlülükleri ve özkaynaklarını gösterir³⁹. Bu ayrım kapsamında genel kanuni yedek akçe, bilançonun pasifinde raporlanır ve bilançonun aktifinde yer alan bir kısım varlığın kaynağını oluşturur. Örneğin bir anonim şirkette pay sahipleri tarafından getirilen esas sermaye tutarı 400.000 TL’dir. Şirket yatırım yapmak için bankadan 100.000 TL kredi çekmiştir. Bu durumda şirketin 2018 yılı bilançosunda varlık tutarı 500.000 TL, özkaynak 400.000 TL ve yükümlülükler 100.000 TL olarak raporlanacaktır. 2019 yılında ise, 20.000 TL genel kanuni yedek akçe ayrılmıştır. Bu durumda, şirketin özkaynakları 420.000 TL’ye, varlık tutarı da 520.000 TL’ye yükselecektir.

Bilançoda geçerli çift taraflı kayıt sistemi gereği⁴⁰, bilançoda raporlanan genel kanuni yedek akçe tutarı kadar, şirketin varlığı bulunmalıdır. Buna göre, bilançonun pasif kısmına kaydedilen her genel kanuni yedek

Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 31; **Yalçın**, Erhan: Uluslararası Finansal Raporlama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 214; **Bayazıtlı/Çelik/Gürdal**, s. 26; **Aksu Özkan**, s. 166; **Karayalçın**, bilançonun içeriğinden bahsetmeksizin, bilançoğu işletmenin dönem sonu mali “muavazene=denge”sini gösteren belge olarak tanımlamıştır. Bkz. **Karayalçın**, s. 40; **Tekinalp**, bilanço için bir tanım vermekten kaçınmaktadır. Yazara göre bunu yapmaya çalışmak, bilanço gibi zengin içeriğe sahip kavramlar açısından tanıtıcı olmamaktadır. Bu sebeple, bilançonun sonuç açıklama işlevine değinmektedir. Bkz. **Tekinalp**, s. 59, 60, 170-245.

³⁷ Özkaynaklar grubunda bulunan hesaplar için bkz. dpn. 7.

³⁸ **Böckli**, Rechnungslegung, § 4 N. 306; **Gökgöz**, s. 5; **Uysal/Şenlik**, s. 31; **Küçüksavaş**, s. 57; **Tanış**, s. 19; **Yalçın**, s. 214; **Bayazıtlı/Çelik/Gürdal**, s. 26; **Tekinalp**, s. 162.

³⁹ **Gökgöz**, s. 5; **Tanış**, s. 19.

⁴⁰ Bu yöntemde bir işlem veya olay kaydedilirken, bilançonun hem aktif hem de pasif tarafında kayıt yapılır. Bu sayede, bilanço bir terazi gibi dengede tutulur. Eşitliğin her zaman dengede olması için eşitliğin bir yanının parasal tutarı arttığında veya azaldığında, eşitliğin diğer yanının parasal tutarı da artırılır veya azaltılır. Bkz. **Sevilengül**, s. 65; **Bayazıtlı/Çelik/Gürdal**, s. 43; **Uysal/Şenlik**, s. 77

akçe tutarı kadar, aktife de varlık kaydedilir. Genel kanuni yedek akçenin karşılığını oluşturan varlığın ise, şirket malvarlığında nakit para olarak bulunması zorunluluğu yoktur. Başka bir deyişle, önemli olan bilançoda genel kanuni yedek akçe ile aynı değerde varlık olmasıdır. Örneğin X şirketinin 50.000 TL'lik genel kanuni yedek akçesi vardır. Bu durumda, şirket bilançosunun aktif kısmında yine 50.000 TL değerinde olmak koşuluyla taşınır, taşınmaz veya alacak hakkı gibi farklı varlık gruplarında genel kanuni yedek akçenin karşılığı bulunmalıdır.

Genel kanuni yedek akçe, bilançonun pasifinde özkaynak grubu altında raporlanır; ancak, bilançoda “genel kanuni yedek akçe” şeklinde bir hesap bulunmamaktadır. Bunun yerine, genel kanuni yedek akçe kapsamında yer alan tutarlar farklı hesaplara aktarılır. Bu aktarımın adlandırması da, TMS/TFRS ve BOBİ FRS'yi uygulayanlar ile Tek Düzen Hesap Planı'nı uygulayanlar arasında farklılık göstermektedir⁴¹. TMS/TFRS ve BOBİ FRS'yi uygulayanlar açısından, prim ve ıskata ilişkin yedek akçe, “Paylara İlişkin Primler/İskontolar” hesabında raporlanır⁴². Birinci ve ikinci tertip yedek akçe ise, “Kârdan Ayrılan Kısıtlanmış Yedekler” hesabında muhasebeleştirilir⁴³. Tek Düzen Hesap Planı⁴⁴, nında ise, prim ve ıskata ilişkin yedek

⁴¹ KGK'nin kararı sebebiyle finansal tabloların hazırlanmasında üç farklı mevzuat uygulanmaktadır. Bunlar, TMS/TFRS, BOBİ FRS ve Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği (MSUGT)'dir. Finansal tablo hazırlayıcılarından kimlerin hangi mevzuata tâbi olduğu, KGK'nin kararı ile belirlenmektedir. Kurul kararı için bkz. http://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20linkleri/RGTMS%20Uygulama%20Kapsam%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Kurul%20Karar%C4%B1_y.pdf, ET. 25.11.2020.

⁴² Bu hesap, pay ihraç primleri, geri alınmış payların yeniden satışından ortaya çıkan primler, iptal edilen ortaklık payları, kontrol gücü devam eden ortaklıkların pay satış kârları gibi sermaye hareketleri dolayısıyla ortaya çıkan ve sermayenin bir parçası sayılan tutarların izlendiği kalemdir. Bkz. Finansal Tablo Örnekleri ve Kullanım Rehberi, s. 63. Rehber için bkz. RG, 07.06.2019, S. 30794; finansal tablolara ilişkin şablonlarda bu hesaplar kullanılmıştır. Şablon için bkz. <https://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/9190/Elektronik-Finansal-Raporlama>, ET. 27.11.2020.

⁴³ Önceki dönemlerin kârından, kanun veya sözleşme kaynaklı zorunluluklar nedeniyle veya kâr dağıtım dışındaki belli amaçlar (örneğin iştirak satış kazançlarından vergi avantajı elde edebilmek) için ayrılmış yedeklerdir (Finansal Tablo Örnekleri ve Kullanım Rehberi, s. 64). BOBİ FRS'ye tâbi olanlar açısından bu hesabın adı “Kâr Yedekleri”dir. Bkz. <https://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/9190/Elektronik-Finansal-Raporlama>, ET. 27.11.2020.

⁴⁴ Maliye ve Gümrük Bakanlığı tarafından Vergi Usul Kanunu uyarınca 20.6.1990 tarihinde oluşturulan “Tekdüzen Genel Hesap Planı ve Açıklamaları Komisyonu” tarafından, mali kesim dışında kalan tüm işletmelerde kullanılmak üzere, bir hesap planı hazırlanmıştır. Söz konusu hesap planı Maliye Bakanlığı'nın “1 Sayılı Muhasebe Uygulama

akçe, “Sermaye Yedekleri” grubunda, “Hisse Senedi İhraç Primleri ve Hisse Senedi İptal Kârları” hesaplarında; birinci ve ikinci tertip yedek akçe ise, “Kâr Yedekleri” grubunda, “Yasal Yedekler” hesabında gösterilir⁴⁵.

IV. GENEL KANUNİ YEDEK AKÇENİN KULLANILMASI

A. Genel Olarak

TTK m. 519/3 uyarınca genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir⁴⁶. Hükümde genel kanuni yedek akçenin şirket tarafından kullanılabilmesi için kanuni bir sınır öngörülmüştür. Bu sınır, sermaye veya çıkarılmış sermayeye göre belirlenecektir. Dolayısıyla genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmı sermaye miktarına bağlı olup, sermaye artış veya azalmalarından etkilenmektedir⁴⁷. Sermayeden kasıt, anonim şirketin esas sermayesidir. Esas sermaye, aynı veya nakdi olarak pay sahiplerinin şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri, ancak genel kurulun iradesine dayanarak şirket esas sözleşmesinde yapılacak değişikliklerle artırılıp, azaltılabilen, sabit bir rakam olarak şirket malvarlığı içerisinde yer alan tutardır⁴⁸. TTK m. 332/1 uyarınca bu tutarın en az 50.000 TL olması gerekir. Kanaatimizce TTK m. 519/3'te esas sermaye yerine, sermaye kavramının kullanılması yerinde değildir. Nitekim TTK m. 329 hükmünde yer alan sermaye kavramı, hem esas sermayeyi hem de kayıtlı sermaye sistemini kapsayan üst bir

lama Genel Tebliği” ile yürürlüğe konulmuştur. Tebliğ için bkz. RG, 26.12.1992, mük. S. 21447.

⁴⁵ İsviçre Hukuku'nda da son yapılan değişikliklerle, kanuni yedekler kâr ve sermaye yedeklerine ayrılmış ve kâr yedekleri birinci ve ikinci kanuni yedek akçeden; sermaye yedekleri ise prim, ıskat ve pay sahipleri tarafından yapılan ilave katkılardan oluşmaktadır [OR Art. 959a/2(3-b, c)]. Bu hususta bkz. **Dekker**, Art. 671, N. 11; **Imark/Lipp**, Art. 671 N. 2-4; **Meister**, Art. 671, N. 1a; **Böckli**, Rechnungslegung, § 4 N. 429, 455-460; **Glanzmann**, s. 277.

⁴⁶ Bu hüküm, başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketler hakkında uygulanmaz (TTK m. 519/4).

⁴⁷ **Kägi**, § 6 N. 138.

⁴⁸ **Tekinlalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 77 (Sermaye); **Moroğlu**, s. 1; **Pulaşlı**, s. 2221. Esas sermaye, sermaye şirketlerinde ortakların sınırlı sorumlu olmaları sebebiyle şirkete getirilen sermaye, alacaklıların şirket malvarlığı içinde bulunması ve korunması gereken teminatıdır. Bkz. **Karayalçın**, s. 89.

kavramdır⁴⁹. Oysa hükmün devamında, çıkarılmış sermayeden de bahsedilmiştir. Çıkarılmış sermaye ise, kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş anonim şirketlerde bulunmaktadır. Bu sistemde, başlangıç sermayesi, çıkarılmış sermaye ve kayıtlı sermaye olmak üzere üç tür sermaye bulunur⁵⁰. Kayıtlı sermaye, esas sözleşmede, sermayenin yönetim kurulu tarafından artırılabilceği tavanı gösteren tutardır (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu -SPK- m. 3/1; TTK m. 460). Başlangıç sermayesi, kuruluşta ve kayıtlı sermaye sistemine ilk geçildiğinde haiz olunması zorunlu sermayedir (SPK m. 3/b; TTK m. 332/2). Başlangıç sermayesi, halka kapalı anonim şirketlerde 100.000 TL'den az olamaz (TTK m. 332/1). Çıkarılmış sermaye ise, sermayenin yönetim kurulu kararıyla ulaştığı güncel düzey anlamına gelir⁵¹ ve çıkarılmış payların tümünün itibari değerlerinin toplamını temsil eder (TTK m. 332/2; SPK m. 3/d).

TTK m. 519/3'te genel kanuni yedek akçenin kullanımında hangi organın yetkili olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, bu yetki genel kurula aittir. Nitekim TTK m. 408/2(d) uyarınca yedek akçenin kullanılmasına dair kararlar genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir. Genel kanuni yedek akçe esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısına ulaşana kadar genel kurul, kural olarak, genel kanuni yedek akçe için ayrılan tutarı kullanamaz. Örneğin şirketin esas sermayesi 100.000 TL'dir. İlgili yıla kadar ayrılan genel kanuni yedek akçe tutarı, 40.000 TL'dir. Esas sermayenin yarısı olan 50.000 TL'lik genel kanuni yedek akçe birikmediği için, 40.000 TL'nin kullanımı serbest değildir. Bununla birlikte, bu durumda dahi, TTK m. 519/3'te sayılan belirli durumların varlığı hâlinde genel kurul yedek akçenin kullanılmasına karar verebilir. Bunlar şirketin zararının bulunması ve işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir. Öğretide kanun koyucunun, genel kanuni yedek akçelerin kullanım alanlarının belirlemedeki amacının, bunun pay sahiplerine dağıtılmasını önlemek olduğu ifade edilmektedir⁵². Başka bir

⁴⁹ TTK m. 329 ve devamında "esas sermaye" yerine, "sermaye" kavramının tercih edilmiş olması bilinçlidir. Zira yeni kanun, önceden sadece halka açık anonim şirketlere tanınmış bir olanak olan kayıtlı sermaye sisteminden yararlanmaya, halka kapalı anonim şirketler için de izin vermiştir. Her iki sistemi kapsayan ortak bir kavram olarak da, "sermaye" denilmiştir. Bkz. **Bahtiyar**, s. 111.

⁵⁰ **Moroğlu**, s. 10; **Bahtiyar**, s. 111; **Tekinalp**, Sermaye, s. 78.

⁵¹ **Tekinalp**, Sermaye, s. 78.

⁵² **Karayalçın**, Mecburi Yedek, s. 412; **Erimez**, s. 344, 345; **Karyağdı**, s. 192; **Ateşgöğü**, s. 67; **Büren**, Roland von/**Stoffel**, Walter A./**Weber**, Rolf H.: Grundriss

deyişle, genel kanuni yedek akçe ayrılmasını öngören hükmün konulmasındaki amaç, pay sahipleri lehine bir durum yaratmak değil, üçüncü kişilerin (şirket personelinin, şirket alacaklılarının) haklarını güvence altına almaktır⁵³.

B. Kanunda Öngörülen Sınırın Altında Kalması Durumunda

1. Genel Olarak

TTK m. 519/3'te, genel kanuni yedek akçenin kanunda öngörülen sınırı aşmadığı müddetçe belirli durumlar için kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Öğretide bu düzenlemenin, genel kanuni yedek akçe olarak ayrılan tutarın şirketin yatırımlarında kullanılmasını engellemediği ifade edilmektedir⁵⁴. Zira ayırım sadece bir hesap işlemi olup, yedek akçenin bilançonun pasifinde bir hesapta gösterilmiş olması, onun çeşitli amaçlar için kullanılmasını önleyici bir tedbir sayılmaz⁵⁵. Keza TTK'de, ayrılan genel kanuni yedek akçenin bir yerde bloke edilmesini veya saklanmasını öngören bir düzenleme de bulunmamaktadır⁵⁶. Bunun yanı sıra, öğretide bir görüş bu sonuca, yedek akçeyi, şirket sermayesi ile karşılaştırarak varmıştır. Buna göre, esas sermaye kaçınılmaz olarak anonim şirket tarafından kullanılacaktır; ancak söz konusu kullanımlar pasif kalemindeki sermaye miktarında bir azaltma yapılmasını gerektirmeyecektir. Bu bağlamda kanuni yedek akçeler için de aynı şekilde bir yorum yapılabilir. Zira TTK m. 519/3'te hüküm altına alınan kanuni yedek akçelerin harcanabileceği yerler dışındaki kullanımlar, bilançoda gözüken kanuni yedek akçe miktarında herhangi bir değişiklik yaratmayacak, kanuni yedek akçelerin çözülmesi sonucunu doğurmayacaktır⁵⁷. Kanaatimizce genel kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısını aşmayan

des Aktienrechts, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2011, § 6 N. 1091; **Bauen/Bernet**, § 6 N. 376.

⁵³ **Karyağdı**, s. 192; **Erimez**, s. 345.

⁵⁴ **Erimez**, s. 343; **Erimez**, Yedek Akçeler, s. 98; **Karayalçın**, s. 120, 121; kanuni yedekler de diğer ekonomik değerler gibi işletmenin amacını gerçekleştirecek olan yatırım malvarlığına dâhildir. Bkz. **Moroğlu**, s. 220, 221 dñn. 311; **Ateşaoğlu**, s. 66, 67; **Aydın**, Alihan: "Kanuni Yedek Akçelerin Tamamının İç Kaynaklardan Sermaye Artırımında Kullanılması Mümkün Müdür?", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXX, S. 2, Y. 2014, s. 84 dñn. 9.

⁵⁵ **Erimez**, s. 343; **Erimez**, Yedek Akçeler, s. 98; **Ateşaoğlu**, s. 66, 67.

⁵⁶ Yedek akçenin belirli bir mali kuruluşta tutulması ya da belirli kıymetlere yatırılması sağlanmadıkça, kanunun yukarıdaki hükmüne rağmen sermaye şirketlerinin bunları serbestçe kullanmalarının önüne geçilemez. Bkz. **Erimez**, s. 343; **Erimez**, Yedek Akçeler, s. 98.

⁵⁷ **Karayalçın**, s. 120-121.

kısımının, şirket tarafından harcanıp harcanmayacağı meselesi bilanço kural-ları ışığında ikiye ayrılarak incelenmelidir. Öncelikle genel kanuni yedek akçe tutarında bir değişiklik olmaksızın yapılan harcamalar TTK m. 519/3'teki sınırlamaya tâbi değildir. Zira hüküm açısından önemli olan ilgili genel kanuni yedek akçe tutarının şirkette bulunması olup, bunun nakit, taşınır, taşınmaz gibi farklı varlık türlerinden olması önemli değildir. Örneğin 2019 yılı bilançosunda genel kanuni yedek akçe tutarı 50.000 TL'dir. Pasifte gösterilen bu tutarın karşılığı bilançonun aktif kısmında, 50.000 TL'lik "Nakit ve Nakit Benzerleri" grubunda, nakit para olarak raporlanmaktadır. Şirket bu nakit parayla, yine bilançoda varlık olarak raporlanacak başka bir malvarlığı değeri alabilir. Örneğin aynı örnekte, iş yeri için 10.000 TL'ye buzdolabı alınmıştır ve şirketin nakit para hesabında 40.000 TL kalmıştır. Bu işlem sebebiyle, şirketin bilançosunun varlık kısmının "Maddi Duran Varlık"⁵⁸ grubunda 10.000 TL daha gösterilecektir. Dolayısıyla yapılan bu har-cama, genel kanuni yedek akçe tutarında bir değişiklik yapmaz.

Bununla birlikte, TTK m. 519/3 ile genel kanuni yedek akçe tutarının bağlı kısmının azalmasına sebep olan harcamaların engellenip engellenme-yeceği ayrıca değerlendirilmelidir. Öncelikle hükmün lafzından açıkça genel kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısını aşmayan kısmının, sadece hükümde yer alan durumlar için kullanılabilceği çıkmaktadır. Buna karşılık, hükümde, hükme aykırı davranışın yaptırımı düzenlenmemiştir. Bunun yanı sıra TTK döneminde, ETK döneminde yer alan genel kanuni yedek akçe tutarının devlet tahviline yatırılması gibi bir uygulama da bulunmamak-tadır⁵⁹. Dolayısıyla genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmının harcanma-ması için kanuni engel vardır; ancak TTK m. 519/3, kanuna aykırı davranan yönetim kurulunun bağlı kısmı azaltıcı harcamalar yapmasını fiilen engelle-yememektedir. Bununla birlikte, bu durum, bağlı kısmın azalmasına sebep olan yönetim kurulunun sorumluluğuna sebep olabilecektir. Zira yönetim kurulu açıkça kanuna aykırı davranmıştır (TTK m. 553). Bunun yanı sıra, kanaatimizce sermayenin kaybı ve borca batıklığa ilişkin TTK m. 376 da bu görüşümüzü desteklemektedir. Nitekim hükümde sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının veya üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, yapılması gerekenler düzenlenmiştir. Ayrıca

⁵⁸ Bu grup, işletme faaliyetlerinde kullanılmak üzere elde tutulan ve bir dönemden daha fazla kullanımı öngörülen, fiziki varlıkların ve bunlarla ilgili birikmiş amortisman ve değer düşüklüğü karşılıklarının izlendiği hesaplardan oluşur. İnceleme için bkz. **Aksu Özkan**, s. 208.

⁵⁹ 4060 sayılı Yüzde Beş Faizli Devlet Tahvilleri İhracına Dair Kanun uyarınca anonim şirketler ve bankalar kanuni yedek akçelerini devlet tahvillerine yatırmak zorundaydılar.

öğretide savunulduğunun aksine ayrılmış olan genel kanuni yedek akçenin bir yerde saklanması zorunluluğunun olmaması, bunun harcanarak tüketilebileceğini göstermez; çünkü TTK m. 519/3'ün lafzı açıktır. Kanaatimizce böyle bir düzenleme, anonim şirketin ticaret şirketi olma özelliğiyle de bağdaşmaz. Zira genel kanuni yedek akçe tutarının da dâhil olduğu özkaynak grubu, aslında bilanço kuralları gereği şirket varlıklarının çift taraflı kayıdan ibarettir⁶⁰. Başka bir deyişle, bunlar esasen şirketin varlığıdır ve bir şirket ancak bu varlığı kullanarak yatırım yapabilir.

Genel kanuni yedek akçenin kanunda öngörülen durumlarda harcanabilmesi ile şirket işlerinde harcanmasının bir farkı da bulunmaktadır. Buna göre, TTK'de öngörülen durumlarda, genel kurul karar alacak ve genel kanuni yedek akçe teknik deyimle çözülecektir. TTK m. 519/1 ve 2'de düzenlenen durumlar oluşmadıkça da, aynı tutarı yerine koyma yükümlülüğü bulunmaz. Oysa bu durumlar gerçekleşmeksizin genel kanuni yedek akçenin harcanması, yönetim kurulunun sorumluluğunu gündeme getirecektir.

Bununla birlikte, öğretide sınırın altında kalan genel kanuni yedek akçenin sermaye artırımında kullanılıp kullanılmayacağı hususunda bir tartışma mevcuttur. Öğretide bir görüşe göre, bu kısım sermaye artırımında kullanılamaz⁶¹. Diğer bir görüş ise, genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmının iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılabileceği yönündedir⁶². Bu görüşteki yazarlardan birine göre bağlı kısmın sermayeye dönüştürülmesi, şirket yönünden daha güçlü bir bağ kurması ve alacaklılara daha etkin bir güvence sağlayacak bir işlem olması sebebiyle, TTK m. 519/3'teki emredici düzenlemenin amacıyla uyumludur. Bu görüş, sermaye ile genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmını karşılaştırarak bu sonuca varmıştır. Buna göre kullanım yeri açısından incelendiğinde, sermaye ile bağlı kısım arasında bir fark yoktur⁶³. Bunun yanı sıra, sermayenin şirket malvarlığındaki bağlılık

⁶⁰ Yaygın bir inancın aksine, "özkaynak" denilen şey, somut bir değer değil, bir düşünce ürünü, varlıklar ve borçlar arasındaki farktır. Bkz. **Böckli**, Rechnungslegung, § 4 N. 320.

⁶¹ **Moroğlu**, s. 221; **Tekinalp**, s. 405; **Yurtman Demir**, Nevin: Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklarda Sermaye Artırımı, Kazancı Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 55; **Altaş**, s. 149-150; **Altaş**, Soner: "Eski TTK ve Yeni TTK Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Yedek Akçe Ayrılması ve Kullanımı", Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 69, Y. 2012, s. 62 (Kanuni Yedek); **Karayalçın**, Mecburi Yedek, s. 411; **Kägi**, § 6 N. 29; **Büren/Stoffel/Weber**, § 6 N. 1091.

⁶² **Aydın**, s. 85; **Eryiğit**, Harun: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 145.

⁶³ Zira anonim şirkette sermaye, sermayenin iadesi yasağı dışında istenilen yatırımda kullanılabilir. Bunun gibi bağlı kısım açısından da yürürlükteki mevzuatta herhangi bir

gücü bağlı kısma göre daha fazladır⁶⁴. Ayrıca bu durum, şirket alacaklıları için daha avantajlıdır; çünkü sermaye kanuni yedek akçeye göre şirkete daha güçlü bağlanmıştır⁶⁵. Aynı görüşte bulunan diğer bir yazara göre⁶⁶, TTK m. 519/3 kapsamında kapatılması gereken zararlar, öncelikle TTK m. 376 kapsamında ele alınmalıdır. Dolayısıyla, ilgili zararın varlığı hesaplanırken zaten genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısına kadar olan kısmı da dikkate alınmaktadır. Bu sebeple, hesaplamanın içerisinde yer alan değerler TTK m. 376 hükmünde öngörülen zararların kapatılmasında kullanılması düşünülemez. Öte yandan, TTK m. 376 hükmünde zikredilen oranlara ulaşmayan zararların varlığı hâlinde genel kanuni yedek akçeler zararın esas sermayeye sirayetini önlemek adına kullanılabilir. Buna karşılık, bu durumda ilgili değerlerin ikamesi ancak TTK m. 519/3 uyarınca gerçekleştirilecek, bu durum alacaklılar lehine teminat teşkil eden miktarın azalması anlamına gelecektir. Hâlbuki ilgili değerlerin iç kaynaklardan sermaye artırımına konu edilmesi durumunda, hem bu değerlerin idamesi adına ayrıca TTK m. 519/1 uyarınca öngörülen prosedür beklenmeyecek, hem de esas sermaye miktarında meydana gelen artışa bağlı olarak bağlı malvarlığının kanunen ulaşması gereken üst sınır daha yukarı çekilmiş olacaktır.

Kanaatimizce genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmı iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılamaz. Zira hem TTK'de yer alan düzenlemeler hem de genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmı için öngörülen hukuki rejim buna engeldir: Öncelikle TTK m. 519/3, sınırın altında kalan yedek akçenin hangi durumlarda çözülebileceğini açıkça düzenlemiştir ve bu durumlar arasında sermaye artırımını yoktur. Keza TTK m. 462/1'de kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımlarının sermayeye dönüştürülerek iç kaynaklardan sermaye artırımını yapılacağı düzenlenmiştir. Oysa genel kanuni yedek akçenin kanunda öngörülen sınırı aşan kısmı serbestçe kullanılabilirliğinden, aksi görüşü savunmak, kanuna açıkça aykırılık oluşturmaktadır. İkinci olarak, bağlı kısım, belirli durumlarda çözülecek ve kullanılacaktır. Bu durumlarda eksilen tutarın kanunda öngörülen durumlar oluşmadıkça yerine konulması zorunluluğu bulunmaz. Buna karşılık sermaye, bu durumlarda fiilen kullanılabilirse bile, eksilen sermayenin tamamlanması veya gerekli

yatırım yeri öngörülmediğinden, bu da istenilen yatırımda kullanılabilir. Bkz. **Aydın**, s. 84, 85.

⁶⁴ Nitekim sermaye azaltımı için esas sözleşme değişikliği ve alacaklıların haklarının güvence altına alınması için bir dizi işlem daha gerekir. Oysa bağlı malvarlığının çözülmesi için sadece genel kurul kararı yeterlidir. Bkz. **Aydın**, s. 85.

⁶⁵ **Aydın**, s. 86.

⁶⁶ **Eryiğit**, s. 145.

durumlarda TTK m. 376'da öngörülen prosedürün işletilmesi gerekir. Kanaatimizce sermayeye doğrudan başvurulmaması için de, kanun koyucu bir anlamda bir tür ön fren sistemi olarak genel kanuni yedek akçenin çözülmesine sınırlandırma getirmiştir⁶⁷. Başka bir deyişle, kanuni yedek akçenin bir kısmının bağlı tutulması öncelikle şirket menfaati gereğidir. Dolayısıyla aksi görüşün savunduğunun aksine sadece şirket alacaklıları açısından bakılarak bu sonuca varılmamalıdır. Bunun yanı sıra, genel kanuni yedek akçenin bir kısmının bağlı tutulmasının sebebi, ilgili durumlarda sadece genel kurul kararıyla hızlı bir şekilde kullanılabilmesidir. Dolayısıyla sermayenin bağlı kısma göre şirkete daha güçlü bağlanması, bu amaçla çelişir.

Ayrıca aksi yöndeki ikinci yazarın gerekçeleri de bağlı kısmın sermayeye dönüştürülmesi için yeterli değildir. Zira TTK m. 376'da şirket sermayesi ile kanuni yedek akçelerin zarar sebebiyle ne kadarının karşılıksız kaldığının hesaplanması, şirketin ne tür tedbirler alacağı ile ilgilidir. Yoksa hükümde genel kanuni yedek akçenin zararın kapatılmasında kullanılmayacağı düzenlenmemiştir. Hüküm, genel kanuni yedek akçenin kullanım alanı ile ilgili değildir. Nitekim TTK m. 519/3 açıkça şirketin zararı olduğu durumlarda, bağlı kısmın kullanılabilmesini düzenlemiştir. Bunun yanı sıra, yazar TTK m. 519/3'te öngörülen zararları ele almış ancak ikinci duruma ilişkin bir gerekçe sunmamıştır. Keza bağlı malvarlığının üst sınırının yukarı çekilmiş olması gerekçesi de, bunun iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılması için gerekçe olamaz. Zira kanun koyucu, bağlı kısmın kriz zamanlarında kullanılmasını öngörmüştür⁶⁸. Bu durumlar oluştuğunda, bağlı kısım sermayeye eklendiğinden, elde bunu karşılayacak genel kanuni yedek akçe tutarı da olmayacaktır. Daha önemlisi genel kanuni yedek akçeden zarar karşılanınca, şirketin aynı tutarı yerine koyma gibi bir zorunluluğu yoktur. Oysa esas sermayeden harcanırsa, bunu yeniden yerine koymalıdır.

2. Kullanılabileceği Hâller

a. Şirket Zararının Kapatılması

(1). Kavram

TTK m. 519/3'te genel kanuni yedek akçenin kanuni sınırın altında kaldığı müddetçe kullanılabilceği hâllerden biri olarak "zararların kapatıl-

⁶⁷ Genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmı ile kanun koyucu anonim şirkette varlık birikimini teşvik eder. Böylece şirket sermayesine, şirket varlıklarını korumak için başka kaynaklar eklenmiştir. Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 50 N. 5.

⁶⁸ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 50 N. 5.

masına, ... elverişli önlemler alınması” gösterilmiştir. Hükümden genel kanuni yedek akçenin şirket zararının kapatılması amacıyla değil de, bunlara ilişkin elverişli önlemler alınması için kullanılabileceği ortaya çıkmaktadır⁶⁹. Kanaatimizce bu durum, yanlış çeviri sebebiyle olup, hükümden anlaşılması gereken genel kanuni yedek akçenin zararların kapatılması için kullanılmasıdır. Nitekim hükmün mehası OR Art. 671/3’te de, “önlemlere” ilişkin ifade, şirket zararı için değil, işsizlikle ilgili kısım için kullanılmıştır⁷⁰.

Hükümde zarar kavramından bahsedilmekle birlikte, bunun nasıl belirleneceği düzenlenmemiştir. Bu sebeple, kanaatimizce bu kavram, muhasebe kuralları çerçevesinde finansal tablolar aracılığıyla saptanmalıdır. Zira şirketin zararı bulunup bulunmadığı da dâhil olmak üzere, finansal durumunu finansal tablolar gösterir. Nitekim TTK m. 508/2’de de yıllık kârın, finansal tablolardan biri olan bilançoya göre belirleneceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, zarar için genel kanuni yedek akçenin çözülmesi kararını genel kurul vereceğinden, zararın net bir şekilde ortaya konulması da gerekir. Bu da denetimden geçmiş finansal tablolar sayesinde sağlanır. Şirket zararının tespiti açısından, finansal tablo çeşitlerinden döneme ilişkin kâr veya zarar tablosu ile bilanço incelenmelidir. Kâr veya zarar tablosunda, işletmenin raporlama dönemindeki finansal performansının yüksek düzeyde özetlenmiş bir gösterimini sağlayan toplam kâr veya zarar raporlanır (FRKÇ m. 7.16). Bu tabloda raporlanan şirketin faaliyetine ilişkin tüm giderler toplamı, gelirden fazlaysa, kalan tutar zarardır (FRKÇ m. 8.4). Şayet şirket zarar etmişse, bu, kâr veya zarar tablosunda, “Dönem Net Zararı” hesabında gösterilir. Bu hesap da, bilançoya aktarılır⁷¹. Yönetim kurulu, ilgili faaliyet yılı sonunda hazırlanan bu bilançoyu denetim raporuyla birlikte genel kurula sunar (TTK m. 514). Bu sebeple de öğretide zarar ile kastedilenin yılsonunda oluşturulan bilanço zararı olduğu; buna karşılık yıl içinde şirketin uğradığı zararlar için genel kanuni yedek akçenin çözülemeyeceği ifade edilmek-

⁶⁹ Aynı durum ETK m. 466 için de geçerlidir. *Tekinalp*, kanunun lafzının, zararların kapatılması için doğrudan doğruya harcanmasına engel çıkarır nitelikte olduğunu; ancak esas amacın zararların kanuni yedeklerle doğrudan doğruya kapatılması olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Tekinalp*, s. 402.

⁷⁰ OR Art. 671 uyarınca, “Die allgemeine Reserve darf, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt, nur zur Deckung von Verlusten oder für Massnahmen verwendet werden, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges das Unternehmen durchzuhalten, der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken oder ihre Folgen zu mildern.”

⁷¹ *Bayazıtlı/Çelik/Gürdal*, s. 576; *Aksu Özkan*, s. 301-306.

tedir⁷². Zira hükmün öngörülme amacı sermayenin korunmasıdır. Şayet bilanço zararı niteliğinde olmayan yıl içinde gerçekleşen münferit zararlar bu şekilde karşılanırsa, sermayenin korunması ilkesine aykırı hareket edilmiş olur. Keza bu yöntem, bir yıllık işletme faaliyeti sonucunun tam olarak ortaya çıkmasına da engeldir. Böylece, pay sahiplerine dağıtılacak kâr miktarı artırılmış, yıl içinde ortaya çıkmış olumsuz sonuçlar örtülmüş olur⁷³. Kanaatimizce de genel kanuni yedek akçe bir yılın sonunda bilançoda raporlanan zarar için çözümlenmelidir; çünkü bir şirketin ilgili faaliyet yılında zarar edip etmediği yıllık bilanço ile belirlenir. Keza münferit bir zarar, faaliyet yılının devamında da kâr elde edilerek kapatılabilir. Dolayısıyla bu zarar, yıl içinde genel kanuni yedek akçe ile kapatılırsa, genel kanuni yedek akçe, kanuna aykırı şekilde kullanılmış olur. Bunun yanı sıra, yıl içinde meydana gelen zararların genel kanuni yedek akçe ile kapatılması, finansal tablo hazırlama kurallarına da aykırıdır. Nitekim bu kurallar gereği, faaliyet dönemi içerisinde meydana gelen zararlar, bir gider kalemi olarak kâr veya zarar tablosunda yer alır. Yıl içerisinde gerçekleşen zararlar doğrudan bilançoya aktarılmaz. Bu sebeple de, bilançoda yer alan yedek akçe hesapları ile ilgilendirilemez.

Bilançoda zarara ilişkin iki hesap bulunur. Bunlar dönem net zararı ve varsa geçmiş yıllar zararır⁷⁴. Geçmiş yıllardan aktarılan zararın olmadığı durumlarda, şirket zararı dönem net zararı hesabında bulunan tutarı ifade eder. Geçmiş yıllar zararı varsa, her iki hesabın tutarı dikkate alınacaktır.

Şirket zararının kapatılması kavramı, özkaynak grubunda yer alan genel kanuni yedek akçe kaleminin bilançodaki zararlara karşı mahsup edilerek şirket zararının nötrleştirilmesidir⁷⁵. Başka bir deyişle, muhasebe kuralları kapsamında genel kanuni yedek akçe tutarının, şirket zararı tutarınca indirilmesi ve şirket zararına ilişkin hesabın da bu tutarda azaltılmasıdır. Buna göre, bilançoda zarar, özkaynak grubu altında (-) bir değer; genel kanuni yedek akçenin kapsadığı hesaplar ise, (+) bir değer olarak raporlanır. Örneğin tamamı nakit olarak ödenmiş 50.000 TL esas sermayeli X şirketinin, 10.000 TL'lik hammaddesi, her ikisi de 5.000'er TL olan kanuni yedek

⁷² Çevik, s. 1048; Arslanlı, C. IV-V, s. 109-110; Tekinalp, s. 402; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 328; Tekinalp, Sermaye, s. 505; Üçışık/Çelik, s. 277. İsviçre öğretisinde aynı yönde bkz. Böckli, Rechnungslegung, § 4 N. 463; Böckli, § 8 N. 309; Bauen/Bernet, § 6 N. 376; Meister, Art. 671, N. 4.

⁷³ Tekinalp, s. 402.

⁷⁴ Finansal Tablo Rehberi, <https://www.kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/9190/Elektronik-Finansal-Raporlama>, ET. 27.11.2020.

⁷⁵ Böckli, Rechnungslegung, § 4 N. 528; Büren/Stoffel/Weber, § 4 N. 699.

akçesi ve primden kaynaklanan kazancı vardır. Bilançoya aktarma kuralları gereği, şirketin varlıklarının kaynağı ya yükümlülükler ya da özkaynaklardır. Başka bir deyişle, bilanço bir terazi gibi düşünülürse, şirketin kaynaklarını gösteren sağ tarafına yazılan her tutara karşılık, varlıklarını gösteren sol tarafına da aynı tutar yazılarak, terazinin dengede tutulması gerekir. Buna göre şirketin esas sermayesi ile kanuni yedek akçe ve prime ilişkin 60.000 TL, bilançonun özkaynak grubu altında raporlanır. Bu kaynaktan karşılanan, 50.000 TL nakit para, nakit hesabında; 10.000 TL'lik hammadde ise stok hesabında bilançonun varlık kısmında muhasebeleştirilir. 31 Aralık 2018 tarihli bilançosunun varlık kısmında 50.000 TL nakit parası ve 10.000 TL tutarında stoklar; özkaynak kısmında ise 50.000 TL esas sermaye ve 10.000 TL genel kanuni yedek akçe tutarı Tablo 1'deki şekilde raporlanır:

Tablo 1

X GIDA A.Ş. 31 ARALIK 2018 TARİHİ İTİBARIYLA BİLANÇO	
VARLIKLAR/AKTİF	KAYNAKLAR/PASİF
Dönen Varlık 60.000 TL	Yükümlülükler 0
Nakit hesabı 50.000 TL	Özkaynak 60.000 TL
Stoklar 10.000 TL	Ödenmiş sermaye 50.000 TL
	Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 5.000 TL
	Paylara ilişkin primler 5.000 TL

Şirkette çıkan bir yangın sebebiyle 10.000 TL'lik stoğun tamamı yanmıştır. Bu tutar, bir gider kalemi olarak kâr veya zarar tablosuna aktarılmış ve 2019 yılı kâr veya zarar tablosunda şirketin 10.000 TL'lik dönem net zararı olduğu raporlanmıştır. Bu tutar, bilançoya aktarılır. Şirketin aşağıda yer alan 31 Aralık 2019 tarihli bilançosu incelendiğinde, stok hesabı bilançodan kaldırılmış ve 60.000 TL olan şirket varlık tutarı 50.000 TL'ye indirilmiştir. Özkaynak grubuna ise, (-) bir değer olarak 10.000 TL'lik dönem net zararı eklenmiştir. Böylece özkaynak toplam tutarı da bir önceki bilançoda 60.000 TL olmasına rağmen, şirket zararı sebebiyle 50.000 TL'ye inmiştir. Başka bir deyişle, şirket zararı varlıklarda bir azalmaya sebep olmuştur. Buna karşılık, şirket zararı yine de özkaynak grubu altında raporlanmaktadır. Yangın sonrası şirketin bilançosu Tablo 2'deki şekildedir:

Tablo 2

X GIDA A.Ş. 31 ARALIK 2019 TARİHİ İTİBARIYLA BİLANÇO	
VARLIKLAR/AKTİF	KAYNAKLAR/PASİF
Dönen Varlık 50.000 TL	Yükümlülükler 0
Nakit hesabı 50.000 TL	Özkaynak 50.000 TL
	Ödenmiş sermaye 50.000 TL
	Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 5.000 TL
	Paylara ilişkin primler 5.000 TL
	Dönem net zararı 10.000 TL (-)

Şayet şirket genel kurulu tarafından şirket zararının genel kanuni yedek akçe ile kapatılmasına karar verilirse, dönem net zararı tutarı kadar, genel kanuni yedek akçe hesabı azaltılır. Örneğimizde ise, kanuni yedek ve prim hesaplarının toplamı 10.000 TL'dir. Bu tutardan, 10.000 TL'lik dönem net zararı çıkartılacaktır. Kalan olmadığı için de, genel kanuni yedek akçeye ve dönem net zararına ilişkin hesaplar bilançoda gösterilmeyecektir. Bu karardan sonra bilançonun son hâli Tablo 3'teki şekildedir:

Tablo 3

X GIDA A.Ş. 31 ARALIK 2019 TARİHİ İTİBARIYLA BİLANÇO	
VARLIKLAR/AKTİF	KAYNAKLAR/PASİF
Dönen Varlık 50.000 TL	Yükümlülükler 0
Nakit hesabı 50.000 TL	Özkaynak 50.000 TL
	Sermaye 50.000 TL

Bu bağlamda, şirket zararının kapatılması, genel kanuni yedek akçeleri oluşturan hesaplarla şirket zararına ilişkin hesabın mahsuplaştırılmasıdır. Başka bir deyişle, şirket zararı bilançoda gösterilsin veya gösterilmesin, şirketin varlıklarında bir azalmaya sebep olur. Bu sebeple, şirket zararının kapatılması aslında bilanço üzerinde yapılan bir düzeltme işleminden ibarettir. Bilançoda şirket zararının gösterilmesinin anonim şirket açısından sonuçları ise şu şekildedir: İlk olarak şirketle hukuki ilişkiye girecek kişiler, şirketin zarar ettiğini görecektir ve şirketle işlem yapma kararını buna göre alacaktır. Örneğin şirkete kredi verecek bir banka veya pay senedi almayı düşünen bir yatırımcı, şirket zararını da göz önünde bulundurarak karar verecektir. İkinci olarak, şirket zararının bilançoda raporlanması pay sahibinin kâr payını etkileyebilir. Zira şirket zararının gelecek yıla aktarılması da

mümkündür⁷⁶. Şirket, gelecek yıl kâr elde edeceğini düşünüp, zararı yıllık kârdan karşılamayı tercih edebilir. İşte bu durumda, şirketin serbest yedek akçeleri de yoksa aktarılan zarar pay sahibinin kâr payını etkiler. Üçüncü olarak yönetim kurulunun faaliyetlerini değerlendirmek açısından genel kurula bilgi verecektir⁷⁷.

(2). Karşılanaacağı Kaynak Açısından Bir Sıralama Var mıdır?

TTK m. 519/3'te şirket zararının kapatılması için genel kanuni yedek akçenin kullanılabilceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, TTK'de, şirketin yıllık kârı veya isteğe bağlı yedek akçeleri⁷⁸ bulunması durumunda, şirket zararının kapatılması açısından, bunlar ile genel kanuni yedek akçe arasında bir sıralama olup olmadığı düzenlenmemiştir. Öğretide baskın görüş, genel kanuni yedek akçenin şirket zararının karşılanmasında yıllık kârdan ve isteğe bağlı yedek akçelerden sonra kullanılacağı yönündedir⁷⁹. Zira yıllık kâr varken, kanuni yedek akçeyi kullanmak kanunun izlediği amaca uygun değildir. Aksi takdirde, kanuni yedek akçe hesabındaki eksilmeler hiç dikkate alınmadan, sırf kâr dağıtma amacı ile hareket, şirketin bir süre sonra istikrarlı kâr dağıtımına da engel olur⁸⁰. Bunun yanı sıra, şayet şirketin kendi isteği ile ayırdığı yedek akçeleri varsa, genel kanuni yedek akçeden önce bunlar kullanılmalıdır. Bu yöntem, amaç hükmü açısından kanunun hem

⁷⁶ Arslanlı, C. IV-V, s. 112. Öğretide gelecek yıla aktarılan zarara, gerçek olmayan zarar da denilmektedir. Buna göre, bir yıla ait zarar, kanuni ve hatta şirketin isteği ile ayrılan yedek akçelerle tamamen karşılamak mümkün olduğu, hatta yedek akçeler bu zararın çok üstünde bulunduğu hâlde, zarar gelecek yıla aktarılmaktadır. Buna karşılık, geçen yıldan aktarılan zarar doğrudan doğruya şirket esas sermayesini azaltıyorsa gerçek zarar vardır. Bkz. Tekinalp, s. 298.

⁷⁷ Özellikle bu sonuç açısından, genel kurul kararı olmaksızın şirket zararının yönetim kurulu tarafından kapatılıp kapatılmayacağı önem arz etmektedir. Bu konunun incelenmesi için bkz. IV. B. 3. Kullanım Kararı.

⁷⁸ İsteğe bağlı yedek akçeler, kanuni bir zorunluluk olmaksızın, esas sözleşme hükümlerine göre veya genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçelerdir. Bkz. Karayalçın, s. 114; Altaş, Yedek Akçe, s. 21; Meister, Art. 671, N. 1; İmark/Lipp, Art. 671, N. 1.

⁷⁹ Arslanlı, Halil: Anonim Şirketler, C. II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahvil-ler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 111, 112; Birsnel, Mahmut T.: "İstikrarlı Kâr Dağıtımını Temin İçin Ayrılacak Yedek Akçeler ile İdare Meclisi Azalarının Kazanç Payları Arasındaki İlişki", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 1965, s. 294 (Yedek Akçeler); Canözü, s. 62; Tekinalp, s. 412; Karayalçın, s. 120; Karyağdı, s. 198; Glanzmann, s. 284; Böckli, § 8 N. 314; İmark/Lipp, Art. 671 N. 5; Dekker, Art. 671, N. 10; Meyer, Manuel: Die Sacheinlage im Aktienrecht Unter Berücksichtigung der aktuellen Aktienrechtsrevision, (her. Peter Forstmoser), Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2015, § 2 N. 22; Büren/Stoffel/Weber, § 4 N. 699.

⁸⁰ Tekinalp, s. 412.

lafzına hem ratio legisine uygundur⁸¹. Ayrıca genel kanuni yedek akçe, anonim şirket, personel, şirket alacaklıları ve pay sahipleri için bir garanti oluşturduğu için genel kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısını geçmeyen kısmı genel kurul tarafından en son başvurulabilecek bir kaynaktır⁸². Buna karşılık diğer görüş, şirket zararının, sermayenin korunması ilkesine de aykırılık teşkil etmeyecek şekilde, dönem kârına başvurmadan yedek akçeler ile kapatılması gerektiği yönündedir⁸³. Buna göre, şirket zararının kapatılması için öncelikle isteğe bağlı yedek akçeler, daha sonra genel kanuni yedek akçe kullanılmalıdır⁸⁴. Kanaatimizce de şirket zararının kapatılması açısından genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmına en son başvurulmalıdır⁸⁵. Zira hükmün amacı bunu gerektirmektedir. Aksi takdirde, genel kanuni yedek akçe kullanımına sınır getirmenin bir anlamı kalmayacaktır.

TTK m. 519/3'te genel kanuni yedek akçenin, şirket zararının kapatılması için kullanılabilmesi yer almakla birlikte, genel kanuni yedek akçenin kullanım sırası düzenlenmemiştir⁸⁶. Bu da, hükmün uygulanması açısından bir belirsizliğe yol açmaktadır. Nitekim genel kanuni yedek akçe iki ayrı hesabın toplamı ile bulunur. Örneğin esas sermayesi 100.000 TL olan X şirketinin "Paylara ilişkin primler" hesabında 20.000 TL, "Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler" hesabında 20.000 TL bulunmaktadır. X şirketi, 2019 bilançosunda 30.000 TL'lik dönem net zararı raporlanmış ve genel kurul, şirket zararının genel kanuni yedek akçeden karşılanmasına karar vermiştir. Genel kanuni yedek akçenin kullanımı sınırlandırılan kısmının tutarı 40.000 TL'dir. Dolayısıyla şirket zararının kapatılmasıyla, genel kanuni yedek akçeden geriye 10.000 TL kalacaktır. Peki, bu durumda genel kanuni yedek akçeyi oluşturan hesaplardan hangisi azaltılacaktır? İlk olarak "Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler" hesabı, daha sonra "Paylara ilişkin primler" hesabı kullanılabilir. Bu kullanım şekli, birinci tertip yedek akçeyi de azal-

⁸¹ **Tekinalp**, s. 412, 413.

⁸² **Karayalçın**, s. 120.

⁸³ **Erem**, S. Turgut: "Anonim Ortaklıklarda Kâr Tevzii Nedeniyle Pratikte Karşılaşılan Bazı Meseleler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, Y. 1969, s. 182; **Badak**, s. 136.

⁸⁴ **Badak**, s. 139.

⁸⁵ Öğretide şirket zararının kapatılması açısından yıllık kâr ile isteğe bağlı yedek akçeler arasında bir sıralama olup olmadığı da tartışmalıdır. Öğretide bir görüş öncelikle yıllık kâr, daha sonra isteğe bağlı yedek akçelerin kullanılması gerektiği yönündedir (**Arslanlı**, s. 111, 112; **Birsnel**, Yedek Akçeler, s. 294; **Böckli**, § 8 N. 314; **Glanzmann**, s. 280). Diğer görüş ise, çeşitli ihtimallere göre ikisinden birine öncelik tanınmaktadır (**Tekinalp**, s. 413; **Canözü**, s. 62). İkisinden birine öncelik vermek genel kanuni yedek akçeye başvurulma sırasını değiştirmeden, bu konuya ayrıca değinilmemiştir.

⁸⁶ **Erimiz**, s. 348.

tacağından, ilerleyen yıllarda kâr elde edilmesi durumunda, kârdan birinci tertip yedek akçe ayrılmasını gerektirecektir (TTK m. 519/1). Dolayısıyla bu kullanım şekli şirket menfaatine; ancak kâr payı tutarı azalacağı için pay sahibinin aleyhine olacaktır. İkinci olarak önce “Paylara ilişkin primler” hesabı, daha sonra “Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler” hesabı kullanılabilir. Bu durumda, şirket kaynaklarında bir azalma olur. Nitekim prim ve ıskata ilişkin koşullar oluşmadıkça, bunlardan genel kanuni yedek akçeye ayırım yapılmaz (TTK m. 519/2-a ve b). Bunun yanı sıra, bu olasılıkta biriken birinci tertip yedek akçe tutarına göre, kârdan yedek akçe ayrılmasına gerek olmayabilir. Üçüncü olarak her ikisinden de eşit tutarda kullanılabilir. Böylece kanuni düzenleme, her üç kullanım şekline de cevaz verir niteliktedir. Dolayısıyla seçilen yöntemle göre, pay sahibinin kâr payı etkilenebileceğinden, pay sahibi genel kurul kararı aleyhine iptal davası açabilecektir⁸⁷.

Bu bağlamda, TTK’de şirket zararının kapatılmasında kullanılacak kaynakların sıralaması açısından açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Kanaatimizce zararın karşılanacağı genel kanuni yedek akçe kaynakları açısından, öncelikle “Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler”, ardından “Paylara ilişkin primler” hesabı kullanılmalıdır. Zira bu sıralama şirket menfaati gereği olup, genel kanuni yedek akçeye kullanım sınırlandırması amacına daha uygundur. Nitekim yıllık kâr elde edildikçe ilkinin yeniden ayrılması mümkünken; ikincisi ancak söz konusu durumlar oluştuğunda ayrılacaktır. Bu düzenleme yapılırken, şirket zararının gelecek yıla aktarılıp aktarılmayacağı ve şayet aktarılacaksa bunun koşullarına da yer verilmelidir⁸⁸.

b. İşlerin İyi Gitmediği Zamanlarda İşletmeyi Devam Ettirmeye veya İşsizliğin Önüne Geçmeye ve Sonuçlarını Hafifletmeye Elverişli Önlemler

Genel kanuni yedek akçenin kanunda öngörülen sınırın altında kalması durumunda çözülebileceği ikinci durum, işlerin iyi gitmediği zamanlarda

⁸⁷ Üçşık/Çelik, s. 279.

⁸⁸ Bu konuda, İsviçre Borçlar Kanunu taslağında yeni bir düzenleme yapılmıştır. eOR Art. 674/1 uyarınca şirket zararının kapatılması açısından uygulanacak sıralama şu şekildedir: 1. Geçmiş yıllardan aktarılan kâr, 2. İsteğe bağlı kâr yedeği, 3. Kâr yedekleri ve 4. Sermaye yedekleri’. eOR Art. 674/2’de şirket zararının gelecek yıla aktarılması da açıkça düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca şirket zararı, kâr yedeği veya sermaye yedeği ile mahsup edilmek yerine, kısmen veya tamamen yeni yıllık mali tablolara da aktarılabilir. Taslak metnin son hâli için bkz. <https://unternehmerforum.ch/wp-content/uploads/2020/09/2241-Aktienrecht-Obligationenrecht-Stand-19.06.2020>, (27.11.2020). Kanun değişikliğinin daha önceki taslakları için bkz. <https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160077>, (27.11.2020).

işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınmasıdır. Buna göre, öncelikle genel kanuni yedek akçeye her durumda değil işlerin iyi gitmediği zamanlarda başvurulmalıdır. Öğretide işlerin iyi gitmemesine olağanüstü durumların sebep olması aranmaktadır⁸⁹. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira hükümde işlerin iyi gitmemesine sebep olan olaylar açısından bir sınırlandırma getirilmemiştir. Kanaatimizce burada önemli olan, hangi sebeple olursa olsun işleri iyi gitmeyen anonim şirketin hükmün devamında öngörülen amaçları sağlamak açısından genel kanuni yedek akçenin kullanımından başka çaresi kalmamasıdır. Dolayısıyla belirli bir olayın genel kanuni yedek akçenin kullanılmasını gerektirip gerektirmeyeceğini her somut olayda ayrıca değerlendirmek gerekir. Örneğin şirketin bir alacağını tahsil edememesi normal koşullarda genel kanuni yedek akçeye başvurulmasını gerektirmez. Buna karşılık bu alacak, ilgili faaliyet yılında şirkete nakit girişi yapılmasını sağlayacak tek kaynaksa ve bu kaynak olmaksızın hükmün devamında öngörülen durumlar oluşuyorsa, bu alacağın tahsil edilememesi, genel kanuni yedek akçenin kullanımını haklı kılabilir. Örneğin X inşaat şirketi, B'nin 2000 konutlu lüks sitesinin yapımını üstlenmiştir. X şirketi, B'den olan alacağını tahsil edemediği için diğer borçlarını ve işçilerin ücretini ödeyemez hâle gelmiş ve faaliyetini durdurmuşsa, genel kanuni yedek akçe çözülebilir.

Genel kanuni yedek akçe, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmek için kullanılabilir. İşletmeyi devam ettirmek, şirketin faaliyetinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır. Kanaatimizce işletmeyi devam ettirme amacı, hükmü sınırlandırmanın aksine genişletmektedir. Nitekim işlerin kötü gittiği zamanlarda şirket menfaati için yapılan bütün harcamalar aynı zamanda işletmeyi de devam ettirmeye yarar. Dolayısıyla bu amaç, genel kanuni yedek akçenin kullanımını sınırlandırmada işlevsiz kalmaktadır⁹⁰. Bunun yanı sıra, işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler için de genel kanuni yedek akçenin esas sermayeyi aşmayan kısmı çözülebilecektir. Kanaatimizce bu ifadenin anlamı belirsizdir. İşsizlikten kasıt, şirketin işsiz kalmaması için önlemler almak veya şirketin işsiz kalmasının sonuçlarını hafifletmek mi yoksa sadece şirketin çalışanlarının işsiz kalmasının engellenmesi midir? Nitekim işsizlik kavramı, hem bir iş yeri için durgunluk dönemini hem de çalışanlar açısından işsiz kalmayı

⁸⁹ Çevik, s. 1049; Üçışık/Çelik, s. 280.

⁹⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N. 28; Botschaft, s. 523; Böckli, Rechnungslegung, § 4 N. 463.

kapsar⁹¹. Hükümden her iki anlam da çıkmaktadır. Ayrıca, işletmeyi devam ettirme amacı işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler kısmını da kapsayan bir ifadedir. Örneğin işçi ücretlerinin ödenerek işçilerin çalışmaya devam etmesinin sağlanması, işletmeyi devam ettirme amacını da sağlamaktadır. Dolayısıyla hükümde ikisinin de aynı anda düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Bununla birlikte, öğretilerde bu hükümle olağanüstü nitelikteki önlemlerin kastedildiği ifade edilmektedir. Örneğin işçi sigortalarına veya benzeri örgütlere ödenmesi gerekli primler bu önlemlerin içinde yer almaz⁹². Buna karşılık, şirketin işlerinin iyi gitmediği zamanlarda, işçi ücretlerinin ödenmesi için genel kanuni yedek akçe kullanılabilir.

Öğretilerde bir görüş genel kanuni yedek akçenin çözüleceği bu ikinci durumun kanunda yer almaması gerektiği yönündedir⁹³. Buna göre, işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğe ilişkin önlemler, doğrudan bilançoya kaydedilemez ve kâr veya zarar tablosunda birer gider olarak raporlanırlar. Dolayısıyla bunlara yönelik harcamalar, kâr veya zarar tablosunda zararı artırır ve bu tablodan çıkan sonuç, bilançoya aktarılır. Oysa özkaynakta yer alan bir yedek akçe kaleminin bilançodaki zararlara karşı mahsup edilmesi, bir bilançonun gelir üzerinde hiçbir etkisi olmaksızın nötrleştirilmesinden başka bir şey değildir. Keza genel kanuni yedek akçenin çözülmesi, şirkete ne likidite getirir, ne de yeni varlık kazandırır. Bu sebeple, özkaynak transferiyle işin kötü gidişatı ve işsizlikle mücadele edilemez⁹⁴. Buna karşılık, diğer bir görüş bu harcama yerinin sonuç açıklama merkez kavramının ve dinamik bilançonun gereklerine uygun olarak öngörüldüğü yönündedir⁹⁵. Nitekim işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmenin yaşatılması, işsizliğin önlenmesi veya sonuçların hafifletilmesi için alınması gerekli önlemlerin masrafları, olağan masraflar gibi, kâr veya zarar hesabını yükleyecek olurlarsa, bir yıllık işletme faaliyetinin sonucu kesin olarak tespit edilemez.

Kanaatimizce de genel kanuni yedek akçenin çözülebileceği “işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemlere ilişkin” kısım kanundan

⁹¹ <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 26.11.2020.

⁹² **Tekinalp**, s. 404.

⁹³ **Böckli**, Rechnungslegung, § 4 N. 528; **Kägi**, § 6 N. 139. İşsizliği önleyecek önlemlere ilişkin harcamaların da aslında zararı artıran harcamalar olmasından bahisle, bu hâlin ETK m. 466/3'te ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı hususunda bkz. **Erimez**, s. 351.

⁹⁴ **Böckli**, Rechnungslegung, § 4 N. 528. Kanun koyucunun yedek akçelerin serbest bırakılmasının likiditeyi ve hatta kârlılığı etkilediği hatasına düşmesi sebebiyle hükümde bu amaçlara yer verdiği hususunda bkz. **Böckli**, § 8 N. 309.

⁹⁵ **Tekinalp**, s. 405.

çıkarılmalıdır⁹⁶. Zira ilk olarak yukarıda belirttiğimiz üzere bu ifade belirsiz olup, genel kanuni yedek akçenin kullanımını genişletmektedir. Dolayısıyla genel kanuni yedek akçeye ilişkin bir sınırlandırma getirmenin de anlamı kalmamaktadır. Bunun yanı sıra, finansal tablolara aktarım kuralları gereği, şirketin yapmış olduğu harcamalar kâr veya zarar tablosunda bir gider kalemi olarak raporlanır⁹⁷ ve zararın artmasına sebep olur. TTK m. 519/3'te şirket zararı kavramı kullanılmışken, tekrar zararı arttıran bu amaçlara yer verilmesine gerek yoktur. Ayrıca genel kanuni yedek akçe bilançoda raporlanan varlıkların içerisinde yer almayan, söz konusu amaçlar için başka bir yerde saklanan ayrı bir kaynak değildir. Başka bir deyişle, genel kanuni yedek akçe tutarı da şirketin varlığına dâhildir. Bu varlığı şirket zaten faaliyetlerinde kullanmaktadır. Örneğin tamamı nakit ödenmiş 100.000 TL esas sermayeli X şirketinin, 10.000 TL'lik hammaddesi ve 10.000 TL'lik de genel kanuni yedek akçesi vardır. Şirket faaliyetlerini, bu nakit para ve hammaddesini kullanarak gerçekleştirecektir. Bu varlığın kaynağını ise, özkaynakta raporlanan 100.000 TL'lik ödenmiş sermaye ve 10.000 TL'lik genel kanuni yedek akçe oluşturmaktadır. Şirketin, 110.000 TL'lik varlıktan ayrı olarak söz konusu amaçlar için harcanacak bir malvarlığı değeri yoktur. Dolayısıyla genel kanuni yedek akçenin çözülmesiyle de, öğretide belirtildiği üzere, işsizlikle savaşılamaz. Zira genel kanuni yedek akçenin çözülmesiyle şirkete likidite girişi sağlanmamaktadır. Son olarak öğretide savunulan bu önlemlere ilişkin harcamanın genel kanuni yedek akçeden karşılanmasının sonuç açıklama merkez kavramının ve dinamik bilançonun gereklerine uygun olduğu gerekçesine de katılmamaktayız⁹⁸. Zira standartlar bağlamında, kâr veya zarar tablosunda gider olarak raporlanacak işlemler belirlidir. Buna göre giderler, özkaynak üzerindeki talep hakkı sahiplerine yapılan dağıtımlar haricinde, özkaynaklarda azalışlara yol açan varlıklardaki azalışlar veya yükümlülüklerdeki artışlardır (FRKÇ m. 4.69). Genel kanuni yedek akçeden harcama yapmak da, şirket varlığının azalmasına yol açar ve bu, FRKÇ m. 4.69 uyarınca bir gider kalemi oluşturur. Ayrıca kâr veya zarar tablosu, işletmenin dönemdeki finansal performansı ile ilgili bilginin temel kaynağı olduğundan, temelde tüm gelir ve giderler bu tabloya dâhil edilir (FRKÇ m. 7.17). Bu sebeple, bilanço kuralları gereği bu harcamaların bir

⁹⁶ Nitekim İsviçre öğretisinde yapılan eleştiriler sonucu, yeni yapılan kanun çalışmasında bu kısım kanundan çıkartılmıştır. Bunun yerine sadece şirket zararları kısmı kalmıştır.

⁹⁷ Kâr veya zarar tablosunda raporlanacak gelir ve gidere ilişkin temel bilgiler, Kavramsal Çerçeve'de ayrıntılı açıklamalar ise her işleme ilişkin ilgili standartta düzenlenmektedir. Bkz. FRKÇ m. 4.68-4.72 arası.

⁹⁸ **Tekinalp**, s. 405.

gider olarak kâr veya zarar tablosunda raporlanması ve şirketin ilgili faaliyet yılının kâr veya zararları kapatıldığı sonucunu finansal tablo kullanıcılarına vermesi gerekir.

3. Kullanım Kararı

Genel kanuni yedek akçenin kanunda öngörülen hâllerde kullanılıp kullanılmayacağı kararını genel kurul verecektir. Zira yedek akçenin kullanılmasına dair kararların alınması, genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır [TTK m. 408/2(d)]. Bununla birlikte öğretide bir görüş, yönetim kurulunun, kanuni yedek akçelerle faaliyet dönemi zararını kapatarak bir bilanço hazırlayabileceği yönündedir⁹⁹. Bu görüşteki yazarlardan birine göre, yönetim kurulu bilanço düzenlediği ve genel kurulun onayına sunduğu gibi, harcamayı da aynı şekilde gerçekleştirebilir; ancak, savunulan bu yola sadece yılsonunda, bir yıllık işletme faaliyetinin sonucu alındıktan sonra başvurulabilir. Nitekim genel kurulun harcama yetkisine sahip olması demek harcamayı olduğu kadar, harcama taslağını da genel kurulun hazırlaması demek değildir¹⁰⁰. Bunun yanı sıra, yönetim kurulu bunu sadece zararı kapatacak şekilde yapmalı ve herhalde kârlı bir bilanço düzenlememelidir. Yönetim kurulunun teklifi genel kurulca onaylanabileceği gibi, değiştirilmesi de mümkündür¹⁰¹. Diğer bir görüşe göre, yönetim kurulu ancak genel kurulun bu yönde alacağı bir karardan sonra bilançodaki zararları kanuni yedek akçeler ile kapatabilir¹⁰². Aksi düşüncenin kabulü hâlinde, yönetim kurulu yıl içerisindeki münferit giderleri kanuni yedek akçeler ile kapatma imkânına sahip olacaktır. Bu husus da kâr gösteren bir bilanço hazırlanması ve kanuni yedek akçelerin pay sahiplerine dağıtılması sonucunu doğurabilecektir. Kanaatimizce yönetim kurulu şirket zararını genel kanuni yedek akçe ile kapatarak bir bilanço hazırlayamaz¹⁰³. Zira yedek akçenin kullanım kararı genel kurulun devredilemez görevlerindedir. Bunun yanı sıra, şirket zararının tespiti, finansal tablolar aracılığıyla yapılır. Finansal tabloların, TTK m. 515 uyarınca dürüst resim ilkesine uygun şekilde hazırlanmış olması gerekir¹⁰⁴. Bu ilke bağlamında, bilanço, şirketin finansal

⁹⁹ Çevik, s. 1048; Tekinalp, s. 404.

¹⁰⁰ Tekinalp, s. 404.

¹⁰¹ Çevik, s. 1048.

¹⁰² Üçışık/Çelik, s. 278; Karayalçın, s. 121; Meister, Art. 671, N. 4.

¹⁰³ Aksi davranış, yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirebilir. Bunun incelenmesi için bkz. V. B. Yönetim Kurulu Açısından.

¹⁰⁴ TTK m. 515 uyarınca, anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, özkaynaklarını ve faali-

durumunu gerçeğe uygun bir şekilde göstermelidir. Bu sebeple, dürüst resim ilkesi de, yönetim kurulunun zararı kapatarak bir bilanço hazırlamasına engeldir. Keza finansal tabloların KGK'nin düzenlemelerine uygun hazırlanmış olması da gerekir (TTK m. 88 ve 514). KGK düzenlemeleri açısından, bilanço geçerli mevzuata¹⁰⁵ ve standartlarda yer alan temel ilkelere¹⁰⁶ uygun şekilde hazırlanmalıdır¹⁰⁷. Standartlar gereği, dönem net zararı bilançoda raporlanması zorunlu kalemlerden biridir¹⁰⁸. Bunun yanı sıra, standartlarda yer alan temel ilkelere biri de gerçeğe uygun sunum ilkesi¹⁰⁹ olup, bu ilke de yıllık faaliyetin sonucunun bilançoda gösterilmesini gerekli kılar. Bu sebeple, yönetim kurulunun zararı kapatılmış bir bilanço hazırlaması KGK düzenlemelerine de aykırıdır. Ayrıca, öğretide savunulduğunun aksine har-

yet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtabilecek şekilde çıkarılır. Buna göre dürüst resim ilkesi anonim şirketin finansal tabloları düzenlenirken uyulacak üst bir raporlama ilkesidir. Bkz. **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 526 (Ortaklıklar Hukuku II); **Memiş**, Tekin: “Şirketler Hukuku Bakımından Denetim”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3-4, Y. 2012, s. 172; **Özkorkut**, Korkut: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 81; **Aksu Özkan**, Raziye: “Türk Ticaret Kanunu ve Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları Bağlamında Usule Uygun Tutulmuş Bilanço İçin Aranılan Nitelikler”, Mali Hukuk Dergisi, C. 15, S. 175, Y. 2019, s. 1466-1468 (Bilanço).

¹⁰⁵ Yukarıda dipnotta bahsedildiği üzere KGK bu konuda TMS/TFRS, BOBİ FRS ve MSUGT şeklinde üç tür mevzuat belirlemiştir. Finansal tablo hazırlayıcısının tâbi olduğu mevzuata göre, bilançosunu hazırlaması gerekmektedir. Aksi takdirde denetimden geçemeyecektir. Bkz. **Aksu Özkan**, Bilanço, s. 1470.

¹⁰⁶ Finansal raporlamada, finansal tablolar hazırlanırken uyulacak genel ilkeler bulunmaktadır. Bunlarla güdülen amaç, tüm finansal tablo hazırlayıcılarının aynı ilkelere uyarak finansal tabloları hazırlaması ve bu sayede finansal tabloların karşılaştırılabilir olmasını sağlamaktır. Örneğin TMS/TFRS’de gerçeğe uygun sunum, para ile ölçülme, işletmenin sürekliliği, tahakkuk esası, önemlilik, raporlama sıklığı, karşılaştırmalı bilgi, netleştirme ve sunumda tutarlılık ilkeleri yer almaktadır. Bkz. **Aksu Özkan**, Bilanço, s. 1474; ilkelerin ayrıntılı incelemesi için bkz. **Aksu Özkan**, s. 70-130.

¹⁰⁷ **Aksu Özkan**, Bilanço, s. 1469-1478.

¹⁰⁸ Standartlara tâbi olanların hazırlayacağı finansal tablo şablonlarında “Dönem net zararı” ayrı bir kalem olarak gösterilmiştir. Bkz. <https://www.kgk.gov.tr/DynamicContent/Detail/9190/Elektronik-Finansal-Raporlama>, ET. 02.12.2020.

¹⁰⁹ Gerçeğe uygun sunum; işlem, olay ve koşulların etkilerinin; varlıklara, yükümlülüklerle, gelir ve giderlere ilişkin olarak Kavramsal Çerçeve’de yer alan tanımlara ve finansal tablolara alma kıstaslarına uygun olarak gerçeğe uygun bir şekilde gösterilmesini gerektirir (TMS 1 Finansal Tabloların Sunuluşu Standardı m. 15, metin için bkz. RG, 24.05.2018, S. 30430).

cama taslağını yönetim kurulunun hazırlayabilmesi¹¹⁰, zararı kapatarak bir bilanço hazırlayabileceği anlamına gelmez. Zira taslağı kabul edip bunu uygulama kararını verecek yine genel kuruldur.

TTK'de, genel kanuni yedek akçenin kullanımına ilişkin özel bir nisap aranmamıştır. Şayet esas sözleşmede de aksi kararlaştırılmamışsa, olağan toplantı nisabı ile kullanım kararı alınabilir. Buna göre genel kurul sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Karar, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir (TTK m. 418/1 ve 2). Öğretide TTK m. 519/3'te sayılan hâllerin somut durumda bulunup bulunmadığının takdir yetkisinin genel kurulda olduğu ve genel kurulun bu yetkisini TMK m. 2 dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹¹. Kanaatimizce bu görüş, sadece şirket zararı dışında geçerlidir. Zira şirket zararı, finansal tablo verileriyle ortaya konulacak olup, bu durumda genel kurulun koşulların oluşup oluşmadığı hususunda bir takdir yetkisi yoktur. Burada sadece genel kanuni yedek akçenin çözümlenip çözülmeyeceği konusunda genel kurulun takdir yetkisi olduğu söylenebilecektir.

Kanunda öngörülen hâllerin oluşması durumunda, kural olarak genel kurul genel kanuni yedek akçeyi kullanmak zorunda değildir. Nitekim TTK m. 519/3 koşulların bulunması hâlinde yedek akçelerin bu alanlarda harcanmak zorunda olduğunu göstermez. Düzenlemenin amacı, şirketin kanuni yedek akçelerinin kullanımı için sınırları belirlemektir¹¹². Bununla birlikte, öğretide pay sahiplerinin, genel kanuni yedek akçenin zararların kapatılması için kullanılmasını isteme hakkının olduğu ifade edilmektedir¹¹³. Buna göre, pay sahiplerinin, zararın kanuni yedeklerle kapatılmasını istemekte kişisel menfaatleri vardır¹¹⁴. Zira ancak zararın ortadan kalkmasından sonra, pay sahiplerinin gelecekteki kârın dağıtılmasını istemek hakları doğacaktır. Pay sahiplerinin bu talep haklarının doğabilmesi için, şirketin kanuni yedek akçe haricinde yedek akçesinin bulunmaması şarttır. Eğer isteğe bağlı yedek akçeler var ise, zararları kapatmanın, ikinci tip yedek akçelere yaptırılması gerekir. Aksi takdirde, bilanço zararının kanuni akçelerle giderilmemesi yönünde alınmış bir genel kurul kararının iptali pay sahipleri tarafından

¹¹⁰ **Tekinalp**, s. 404.

¹¹¹ **Arslanlı**, s. 585; **Canözü**, s. 69.

¹¹² **Tekinalp**, s. 398, 399; **Karayalçın**, s. 119; **Ateşagaoglu**, s. 65.

¹¹³ **Tekinalp**, s. 400; **Arslanlı**, C. IV-V, s. 112; **Çevik**, s. 1048; **Üçışık/Çelik**, s. 278, 279.

¹¹⁴ Bu işlem sadece çoğunluk tarafından azınlığa karşı kullanılmaz. Azınlık da çoğunluğa karşı sözü edilen hakkı ileri sürebilir. Bkz. **Tekinalp**, s. 400.

istenebilir¹¹⁵. Kanaatimizce de, pay sahipleri zararın genel kanuni yedek akçeden kapatılmasını isteyebilir. Aksi yöndeki bir genel kurul kararına karşı iptal davası açabilirler. Zira TTK'de şirket zararının hangi kaynaktan karşılanacağına ilişkin bir sıralama düzenlenmemiştir ve mevcut düzenleme, pay sahiplerinin bunu isteyebilmesine cevaz verir niteliktedir. Keza TTK'de kâr payını etkileyecek bir durum olan zararın gelecek yıla aktarılma koşulları da belirli değildir. Bu durum da, olması gereken hukuk açısından, bunların düzenlenmesi gerektiği önerimizi desteklemektedir.

C. Kanunda Öngörülen Sınırı Aşması Durumunda

Genel kanuni yedek akçenin, TTK m. 519/3'te öngörülen sınırı aşması durumunda, öğretide aşan kısım, serbest yedek akçe¹¹⁶ olarak adlandırılmakta olup, bunların serbestçe kullanılabilmesi ifade edilmektedir¹¹⁷. Örneğin bu kısım, kâr dağıtımında¹¹⁸ veya sermaye artırımında kullanılabilir.

¹¹⁵ Çevik, s. 1048; Tekinalp, s. 400; Arslanlı, C. IV-V, s. 112; Üçışık/Çelik, s. 279.

¹¹⁶ Karayalçın, Mecburi Yedek, s. 411; Yanlı, s. 11, 12; Altaş, Kanuni Yedek, s. 62; Üçışık/Çelik, s. 281; Meyer, § 2 N. 22.

¹¹⁷ Arslanlı, C. IV-V, s. 109; Tekil, s. 639; Tekinalp, s. 405; Birsell, s. 61; Çevik, s. 1048; Birsell, Yedek Akçeler, s. 294; Moroğlu, s. 222; Yanlı, s. 11, 12; Pulaşlı, s. 2375; Üçışık/Çelik, s. 281; Aydın, s. 82; Altaş, Kanuni Yedek, s. 62; Bu kısmın neden mecburi yedek akçe içinde yer aldığı izah etmek güçtür. Bkz. Karayalçın, s. 119; Karayalçın, Mecburi Yedek, s. 411; Badak, s. 136, 139; Böckli, Rechnungslegung, § 4 N. 466; Böckli, § 8 N. 309; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 50 N. 29; Dekker, Art. 671, N. 9; Imark/Lipp, Art. 671 N. 14; Büren/Stoffel/Weber, § 6 N. 1092; Glanzmann, Gesellschaftsrecht, s. 104; Kägi, § 6 N. 30.

¹¹⁸ İsviçre öğretisinde, kanunda öngörülen sınırın aşılması durumunda, primin kâr dağıtımında kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmaktadır. Bir görüş OR Art. 680/2 uyarınca primin sermayenin iadesi yasağına tâbi olduğu ve bu nedenle hiçbir koşulda pay sahiplerine iade edilemeyeceği yönündedir (Böckli, § 12 N. 526; Büren/Stoffel/Weber, § 6 N. 1093). Diğer görüş OR Art. 671/3'ün böyle bir kısıtlama içermediğine ve prim dağıtımında açık bir kanuni yasak bulunmadığı gerekçesiyle dağıtılabilmesi yönündedir (Imark/Lipp, Art. 671 N. 17; Meister, Art. 671, N. 5; Neuhaus/Balkanyi, Art. 671, N. 28; Glanzmann, Gesellschaftsrecht, s. 105; Kägi, § 6 N. 48). Yanlı, bu tartışmadan yola çıkarak, aynı durumu TTK açısından değerlendirmiştir. Buna göre, TTK m. 480'de, pay bedelinin değil, sadece sermaye olarak yapılan ödemelerin geri istenemeyeceği belirtilmiş olduğundan, genel kanuni yedek akçenin sermayenin yarısını aşması hâlinde primin dağıtılabilmesi, sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturmayacağı sonucuna varmıştır (Yanlı, s. 13). Biz eserimizde bu konuyu ayrıca ele almayacağız. Zira OR Art. 680'nin aksine, TTK m. 480 sadece sermayeden bahsetmektedir. Bunun yanı sıra, TTK m. 519'da herhangi bir sınırlama da yer almamaktadır. Ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında da, prime ilişkin yedek akçe sermaye yedeği olarak adlandırılmış ve sermaye ve kâr yedeklerinden şirket zararının çıkartılmasıyla kalan tutarın ticaret siciline kayıtlı

cektir. Bunun yanı sıra, esas sözleşmede kanuni tavanı aşan kısmın sermaye artırımından başka bir amaç için kullanılması öngörülmüş ise, bu durumda kanuni tavanı aşan kısmın kullanılabilmesi için esas sözleşmede değişikliğe gitmek gerekir¹¹⁹.

V. TTK M. 519/3'E AYKIRILIĞIN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Kurul Kararı Açısından

Genel kanuni yedek akçenin kullanımına ilişkin genel kurul kararının hukuki akıbeti, genel kanuni yedek akçenin kanunda öngörülen sınırı aşıp aşmamasına göre ikiye ayrılarak ele alınmalıdır. İlk olarak genel kanuni yedek akçe esas sermayenin yarısını aşmamasına rağmen¹²⁰, kanunda öngörülen hâller oluşmadan veya bunlar dışında kullanılmışsa, buna ilişkin karar butlanla maluldür¹²¹. Zira TTK m. 519/3 emredici bir düzenlemedir ve bu karar, sermayenin korunması ilkesine¹²² aykırılık oluşturur [TTK m. 447/1(c)]. Keza TTK m. 519/3'e aykırı kullanım kamu düzenini ilgilendirecek önemdedir. Nitekim hüküm, kamu menfaati düşünülerek öngörülmüş ve belli bir düzeye kadar harcama yerini bağlayıcı olarak göstermektedir¹²³. Buna karşılık öğretide bir görüş, bağlı kısmın iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılmasına ilişkin genel kurul kararının kanuna aykırılık sebebiyle iptal edilebilir olduğu yönündedir¹²⁴. Zira özü itibariyle yapılan işlem alacaklıların menfaatini ihlal eder. Bu sebeple, TTK m. 447/1(c) kapsamında anonim şirketin temel yapısını bozan ve sermayenin korunması hükümlerine

sermayenin yarısını aşması durumunda, sermaye yedeklerinin ortaklara geri ödenebileceği açıkça düzenlenmiştir (eOR Art. 671/2).

¹¹⁹ **Altaş**, Kanuni Yedek, s. 62; sermaye artırımı için bkz. **Moroğlu**, s. 222; **Pulaşlı**, s. 2375.

¹²⁰ Kanunda öngörülen hâllerde genel kanuni yedek akçeyi kullanmama kararının iptal edilebilirliği tartışılabilecektir. Nitekim somut olayın koşullarına göre pay sahibinin kâr payı alma hakkını etkileyebilir. İnceleme için bkz. IV. B. 3. Kullanım Kararı.

¹²¹ **Arslanlı**, s. 101; **Tekinalp**, s. 410; **Moroğlu**, s. 222; **Yurtman Demir**, s. 7; **Üçışık/Çelik**, s. 224; **Kırca**, İsmail/Şehirli **Çelik**, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, C. 2/2, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 47, 48; **Tekinalp**, Ünal: "Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II, İstanbul, 2010, s. 1688 (Sermayenin Korunması).

¹²² Sermayenin korunması ilkesi, genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmının korunmasını da kapsar. Bkz. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 47, 48; **Tekinalp**, Sermayenin Korunması, s. 1688.

¹²³ **Tekinalp**, s. 410.

¹²⁴ **Aydın**, s. 87, 88; **Eryiğit**, s. 145.

aykırı olan bir işlem niteliğinde görülemez. Kanaatimizce bu görüş, harcamaya ilişkin sınırlama şirket alacaklılarının yanında anonim şirket, personel ve pay sahipleri için bir garanti oluşturduğu için¹²⁵ yerinde değildir¹²⁶. Keza genel kurul kararının, sadece alacaklıların menfaatini ihlal etmesi gerekçesi tek başına iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olması için yeterli değildir. Bunun için öncelikle, genel kurul kararının batıl olup olmadığı değerlendirilmelidir. Yukarıda belirtildiği üzere, söz konusu genel kurul kararı batıl bir karardır. Ayrıca aksini kabul, TTK m. 519/3'e uyulmamasına da dolaylı olarak da sebep olabilecektir. Nitekim iptal davası açılmasına ilişkin süre geçtikten sonra söz konusu genel kurul kararı kesinleşecektir¹²⁷.

Genel kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısını aşması durumunda kullanımı serbesttir. Bununla birlikte, kanuni yedek akçe başka bir amaca bağlanmış olduğu hâlde sermaye artırımına tahsis edilmişse, tahsise ilişkin genel kurul kararı esas sözleşmesinin tahsis hükmüne aykırı olması nedeniyle iptal edilebilir bir karardır¹²⁸.

B. Yönetim Kurulu Açısından

Yönetim kurulunun, TTK m. 519/3'e aykırı şekilde genel kanuni yedek akçeyi kullanması sorumluluğuna sebep olabilir (TTK m. 553). Bu sorumluluk, yönetim kurulunun genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmının azalmasına neden olan harcamalarda bulunması hâlinde gündeme gelecektir. Başka bir deyişle, yukarıda ifade ettiğimiz üzere¹²⁹, bağlı kısmın tutarında bir azalmaya sebep olmaksızın genel kanuni yedek akçe kullanılabilir. Buna karşılık, yönetim kurulu, bağlı kısmı azaltacak şekilde genel kanuni yedek akçeyi kullanmışsa, bu kullanım, TTK m. 519/3'e aykırılık oluşturacaktır.

Bunun yanı sıra, genel kanuni yedek akçenin esas sermayeyi aşmayan kısmının, kanunda öngörülen hâller için harcanması da yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirebilir. Örneğin yönetim kurulu, genel kurul kararı olmaksızın, şirket zararını genel kanuni yedek akçeden karşılayarak bir bilanço hazırlamıştır. Kanaatimizce böyle bir bilanço, denetimden geçemez. Zira TTK ve KGK düzenlemelerine aykırılık sebebiyle olumsuz rapor¹³⁰

¹²⁵ Karayalçın, s. 120.

¹²⁶ Bağlı kısmın sermaye artırımında kullanımına ilişkin genel kurul kararının batıl olduğu hususunda bkz. Moroğlu, s. 222; Yurtman Demir, s. 7.

¹²⁷ Tekil, s. 643-644.

¹²⁸ Tekinalp, s. 410; Moroğlu, s. 222.

¹²⁹ Bkz. IV. B. 1. Genel Olarak.

¹³⁰ Olumsuz rapor verilmesinin sebepleri TTK'de düzenlenmemekle birlikte, bu sebeplere ilişkin kriterler "BDS 705, Bağımsız Denetçi Raporunda Olumlu Görüş Dışında Bir

alacaktır (TTK m. 398; 403). Şayet fark edilmeyerek bu bilanço genel kurula sunulmuş ve genel kurul onaylamışsa ne olacaktır? Kanaatimizce bu bilanço gerçeği yansıtmadığı için, bu onay, ibra sonucunu doğurmayacaktır¹³¹ (TTK m. 424). Bunun yanı sıra, yönetim kurulu, genel kurulun kanuni yedek akçeleri kullanım kararına dayanarak genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmını harcaması da ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin genel kurulda “Yönetim kurulu, genel kanuni yedek akçenin bağlı kısmını harcamaya yetkilidir.” şeklinde alınan bir karar üzerine bağlı yedek akçeyi harcayan yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebilecek midir? Kanaatimizce bu durumda da yönetim kurulunun sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira yönetim kurulu üyeleri, icrası söz konusu olan kararların geçerli olup olmadığını incelemekle yükümlüdür¹³². Alınan genel kurul kararı ise, anonim şirketin temel

Görüş Verilmesi Standardı”nda yer almaktadır (BDS 705 için bkz. RG, 18.3.2014, S. 28945). BDS 705, m. 8 uyarınca yeterli ve uygun denetim kanıtı elde etmiş olan denetçi, yanlışlıkların tek başına veya toplu olarak finansal tablolar için önemli ve (etkisinin) yaygın olduğu sonucuna varırsa olumsuz görüş verir. Buna göre, olumsuz görüş yazısı verebilmek için finansal tablolarda önemli ve yaygın yanlışlık olmalıdır. Yanlışlık; bir finansal tablo kaleminin raporlanan tutarı, sınıflandırılması, sunumu veya açıklaması ile aynı kalemin geçerli finansal raporlama çerçevesine göre olması gereken tutarı, sınıflandırılması, sunumu veya açıklaması arasındaki farklılıktır [Bağımsız Denetçinin Genel Amaçları ve Bağımsız Denetimin Bağımsız Denetim Standartlarına Uygun Olarak Yürütülmesi Standardı -BDS 200-, m. 13/l. BDS 200 için bkz. RG, 13.10.2013, S. 28794). Genel olarak eksiklik ve yanlışlıkların tek başına veya toplu olarak finansal tablo kullanıcılarının bu tablolara istinaden alacakları ekonomik kararları etkilemesi makul ölçüde bekleniyorsa, söz konusu yanlışlıklar önemli olarak kabul edilecektir (BDS 200, m. 5). Olumsuz görüş yazısı hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. **Aksu Özkan**, Raziye: “Türk Ticaret Kanunu ve Denetim Standartları Bağlamında Denetçinin Olumsuz Görüş Yazısının İncelenmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, Y. 2019, s. 158 ve devamı.

¹³¹ Buna bağlı olarak verilmiş bir ibra kararının geçersizliğinin nasıl ileri sürüleceği öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş, bilançonun gerçeği yansıtmadığı durumlarda ibra kararının iptal edilebileceğini ileri sürmektedir [Tekinalp, Ünal: Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, s. 50 (Fon)]. Diğer görüş, TTK m. 445 bağlamında bir iptal davası açılmasına gerek olmadığı yönündedir (**Akdağ Güney**, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 429, 430; **Çelik**, Aydın: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 220). Nitekim TTK m. 424 açıkça ibrayı geçersiz saymaktadır ve geçerli olmayan bir kararın iptalinden bahsedilemez. Bu sebeple, buradaki hükümsüzlük, tespit davası açılarak ileri sürülebilir. Kanaatimizce de, alınan ibra kararının iptali istenemez. Zira kanunda açıkça ibranın sonuç doğurmayacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık, kanaatimizce bilançonun onaylanması ile ibra kararlarının ayrı olarak verilmesi hâlinde alınan ibra kararının iptali istenebilir.

¹³² **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, s. 437.

yapısını bozmakta olup batıldır [TTK m. 447/1(c)]. Nitekim genel kanuni yedek akçenin çözülmesine karar verme yetkisi genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir [TTK m. 408/2(d)].

Yönetim kurulu şirket zararını genel kanuni yedek akçe ile kapatarak, haksız kâr dağıtımına da sebep olabilir. Dolayısıyla bu durumda da, yönetim kurulunun sorumluluğu gündeme gelebilir¹³³. Örneğin kanuni yedek akçenin ayrılmaması sonucu kâr payı dağıtıldığı için safi aktifin esas sermaye ve kanuni yedek akçe toplamından aşağıya düşmesi hâlinde anonim şirket zarar görmüş sayılmalıdır.

SONUÇ

Genel kanuni yedek akçe, TTK m. 519/1 ve 2 bağlamında ayrılan dört farklı kaynaktan oluşur. Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde sadece kanunda öngörülen hâller için genel kurul kararıyla kullanılabilir (TTK m. 519/3). Buna göre bu kısım, öncelikle zararların kapatılması için çözülebilecektir. Bu zarar, yıllık bilanço ile tespit edilir. TTK'de zararın kapatılmasında kullanılacak kaynakların sıralaması açısından açık bir düzenleme yoktur. Bu sebeple, şirket zararı öncelikle varsa geçmiş yıllar kârından, ardından isteğe bağlı yedek akçelerden karşılanmalıdır. Şayet bunlar yoksa sırasıyla “Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler” ve en son “Paylara ilişkin primler” hesabı kullanılmalıdır. Zira bu sıralama şirket menfaati gereği olup, genel kanuni yedek akçeye kullanım sınırlandırması getirilmesi amacına daha uygundur. Bu düzenleme yapılırken, şirket zararının gelecek yıla aktarılıp aktarılmayacağı ve şayet aktarılacaksa bunun koşullarına da yer verilmelidir.

Genel kanuni yedek akçenin çözülebileceği ikinci durum olan “işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemlere ilişkin” kısım kanundan çıkarılmalıdır. Zira bu amaca ilişkin harcamalar, finansal tablolarda bir gider olarak raporlanır ve şirket zararının içinde yer alırlar.

¹³³ Karayalçın, s. 141.

KAYNAKÇA

- Akbulak**, Yavuz: “Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım Esasları ve Yedek Akçeler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, İstanbul, 2003, s. 171-199.
- Akdağ Güney**, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Aksu Özkan**, Raziye: Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Aksu Özkan**, Raziye: “Türk Ticaret Kanunu ve Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları Bağlamında Usule Uygun Tutulmuş Bilanço İçin Aranılan Nitelikler”, Mali Hukuk Dergisi, C. 15, S. 175, Y. 2019, s. 1461-1482 (Bilanço).
- Aksu Özkan**, Raziye: “Türk Ticaret Kanunu ve Denetim Standartları Bağlamında Denetçinin Olumsuz Görüş Yazısının İncelenmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, Y. 2019, s. 157-169 (Olumsuz).
- Akyol**, Mehmet Emin: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Yedek Akçeler”, Yaklaşım Dergisi, S. 238, Y. 2012, s. 46-51.
- Altaş**, Soner: Yedek Akçe Ayrımı ve Kullanımı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Altaş**, Soner: “Anonim Şirketlerde Kanuni ve İhtiyari Yedek Akçe Ayrımı”, Bankacılar Dergisi, S. 93, Y. 2015, s. 33-45 (Yedek Akçe).
- Altaş**, Soner: “Eski TTK ve Yeni TTK Işığında Anonim ve Limited Şirketlerde Kanuni Yedek Akçe Ayrılması ve Kullanımı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 7, S. 69, Y. 2012, s. 59-63 (Kanuni Yedek).
- Arı**, Zekeriyya: Şirketler Hukuku, (der. Sami Karahan), Mimoza Yayınları, Konya 2012.
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II-III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. IV-V, Anonim Şirketin Hesapları, Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961 (C. IV-V).
- Ateşagaoglu**, Erdem: Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

- Aydın**, Alihan: “Kanuni Yedek Akçelerin Tamamının İç Kaynaklardan Sermaye Artırımında Kullanılması Mümkün Müdür?”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXX, S. 2, Y. 2014, s. 79-88.
- Badak**, Zehra: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Bayazıtlı**, Erhan/**Çelik**, Orhan/**Gürdal**, Kadir: Genel Muhasebe, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2016.
- Bauen**, Marc/**Bernet**, Robert: Schweizer Aktiengesellschaft, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2007.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Dora Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2013.
- Birsel**, Mahmut T.: Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, C. 1, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir 1973.
- Birsel**, Mahmut T.: “İstikrarlı Kâr Dağıtımını Temin İçin Ayrılacak Yedek Akçeler ile İdare Meclisi Azalarının Kazanç Payları Arasındaki İlişki”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 1965, s. 293-297 (Yedek Akçeler).
- Böckli**, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2009.
- Böckli**, Peter: OR-Rechnungslegung, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich - Basel – Genf, 2019 (Rechnungslegung).
- Burçkin**, Emre: “Yedek Akçeler ve Sermaye İlaveleri”, Prof. Dr. Mübeccel Kıray’a Armağan, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Y. 1990, s. 431-442.
- Büren**, Roland von/**Stoffel**, Walter A./**Weber**, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich - Basel - Genf, 2011.
- Canözü**, Salih: Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Çağırğan Tuncer**, Senar/**Ulusoy**, Yasin: “Yedek Akçeler”, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, Y. 2017, s. 1971-1996.
- Çelik**, Aydın: Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbrası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Çevik**, Orhan Nuri: Anonim Şirketler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1988.

- Dekker**, Stephan: Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, (her. Jeannette K. Wibmer), Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.
- Doğanay**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2, Feryal Matbaası, Ankara, 1990.
- Erem**, S. Turgut: “Anonim Ortaklıklarda Kâr Tevzii Nedeniyle Pratikte Karşılaşılan Bazı Meseleler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, Y. 1969, s. 179-194.
- Erimez**, Rüştü: Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçeler ve Vergileme, Temel Yayınları, İstanbul, 1985.
- Erimez**, Rüştü: Yedek Akçeler, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 1969, S. 18, s. 69-116 (Yedek Akçeler).
- Eryiğit**, Harun: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Fahran**, Fahrettin: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Yedek Akçeler ve Yedek Akçe Ayrılması”, Yaklaşım Dergisi, S. 224, Y. 2011, s. 94-102.
- Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern 1996.
- Glanzmann**, Lukas: “Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2017, <https://www.alexandria.unisg.ch/257247/1/SZW%20Bilanzierung%20des%20EK.pdf>, ET. 01.12.2020.
- Glanzmann**, Lukas: “Ausgewählte Fragen im Zusammenhang mit Dividendenausschüttungen”, in Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, (her. Kunz, Peter V/Arter, Oliver/Jörg, Florian), Stämpfli Verlag, Bern 2017, s. 83-119 (Gesellschaftsrecht).
- Gökçen**, Gürbüz: Genel Muhasebe, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Gökgöz**, Ahmet: Genel Muhasebe, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.
- Göktuna**, H. D. Ege: Anonim Ortaklıklarda Kanuni Yedek Akçeler, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Gürbüz Usluel**, Aslı E.: Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- Hiçşaşmaz**, Mazhar: Anonim Şirketlerde İhtiyat Tefriki ile Alakalı Meseleler, III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1964.

- Imark, Lukas/Lipp, Lorenz:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR, (her. Riberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf), 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- Karayalçın, Yaşar:** Muhasebe Hukuku, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988.
- Karayalçın, Yaşar:** “Mecburi - Kanuni Yedek Akçeler ve Kullanılması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 4, S. 3, Y. 1968, s. 407-419 (Mecburi Yedek).
- Karyağdı, Nazmi:** Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı, 4. Baskı, Oluş Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Karşlıoğlu, Hasan:** Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, C. 2/2, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.
- Kägi, Urs:** Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, (her. Peter Forstmoser), Dike Verlag, Zürich/St. Gallen, 2012.
- Küçüksovaş, Nihat:** Finansal Muhasebe, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Meister, Thomas:** OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (her. Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.
- Meyer, Manuel:** Die Sacheinlage im Aktienrecht Unter Berücksichtigung der aktuellen Aktienrechtsrevision, (her. Peter Forstmoser), Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2015.
- Moroğlu, Erdoğan:** Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Neuhaus, Markus R./Balkanyi, Patrick:** Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR, (her. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf), 5. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2016.
- Özkorkut, Korkut:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 (Ortaklıklar Hukuku I).
- Pulaşlı, Hasan:** Şirketler Hukuku Şerhi, C. III, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Sevilengül, Orhan:** Genel Muhasebe, 18. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2016.
- Şener, Oruç Hami:** Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Tanış, Veysi Naci:** Genel Muhasebe İlkeler ve Uygulamalar, 9. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2016.
- Tekil, Fahiman:** Şirketler Hukuku, C. 2, Anonim Şirketler, 2. Bası, Otağ Matbaası, İstanbul, 1978.
- Tekinalp, Ünal:** Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- Tekinalp, Ünal:** “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul, 2010, s. 1681-1689 (Sermayenin Korunması).
- Tekinalp, Ünal:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (Sermaye).
- Tekinalp, Ünal:** Fondaki Bankanın Hukuku, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul, 2003 (Fon).
- Uysal, Tolga/Şenlik, Mehmet:** Genel Muhasebe, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın:** Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yalçın, Erhan:** Uluslararası Finansal Raporlama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Yanlı, Veliye:** “Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXX, S. 1, Y. 2014, s. 5-32.
- Yıldız, Şükrü:** “Anonim Ortaklıkta İhraç Primleri (Agio)”, Makalelerim 1988-2007, Ankara, 2008, s. 137-154.
- Yurtman Demir, Nevin:** Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklarda Sermaye Artırımı, Kazancı Yayıncılık, İstanbul, 1997.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA CANAVARCA HİSDOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899904>**Arş. Gör. Dr. Eylem BAŞ*****Öz**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 82. maddesinin (b) bendinde kasten öldürme suçunun "canavarca hisle" işlenmesi şeklindeki nitelikli hale yer verilmiştir. Ancak "canavarca hisle" öldürmeden anlaşılması gerekene ilişkin ne uygulamada ne de öğretide birlik bulunmaktadır. Söz konusu durum, Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında birbiriyle çelişen kararların verilmesine neden olmaktadır. Bu sorunlu duruma karşın, 7242 sayılı "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 31100 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak 15.4.2020 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasına (f) bendi eklenerek kasten yaralama suçunun "canavarca hisle" işlenmesi, kasten yaralama suçunun nitelikli olarak öngörülmüştür. Bu kapsamda çalışmada "canavarca his" kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususu incelenmektedir. Ardındansa söz konusu kavram yerine TCK'da gerçekleştirilecek değişikliklerle başka bir kavramın kullanılması ya da bu kavramın kullanılması konusunda ısrarcı olunacaksa, TCK'nın 6. maddesinde bu kavramın tanımının yapılmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Türk Ceza Hukuku, Canavarca His, Eziyet, Kasten Öldürme, Kasten Yaralama

MONSTROUS FEELING IN TURKISH CRIMINAL LAW**Abstract**

In the subparagraph (b) of Article 82 of the Turkish Penal Code numbered 5237 (TCK), the qualified form of committing the crime of intentional killing

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: ebas@ankara.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3400-2042> (Makalenin Geliş Tarihi: 20.12.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 23.12.2020/Makale Kabul Tarihi: 26.01.2021)

with a “monstrous feeling” is included. However, there isn't any unity neither in practice nor in doctrine regarding what should be understood without intentional killing with a “monstrous feeling”. This situation causes contradictory decisions to be made by the Supreme Court when looking at the decisions of the Supreme Court. Despite this problematic situation, with the publication of the “Law on the Execution of Penalties and Security Measures and the Law on the Amendment of Some Laws” numbered 7242 in the Official Gazette numbered 31100 and coming into force on 15.4.2020, subparagraph (f) was added to the third paragraph of Article 86 of the TCK. With this subparagraph (f) committing the crime of intentional injury with a “monstrous feeling” is stipulated as a crime of qualified intentional injury. In this context, the concept of “monstrous feeling” is examined in this study. Afterwards, it is recommended to use another statement with the change to be made in the TCK instead of the statement of “monstrous feeling”. However, although it will be insistent on using this statement of “monstrous feeling”, the necessity of defining this statement in Article 6 of the TCK is emphasized.

Keywords

Turkish Criminal Law, Monstrous Feeling, Tortment, Intentional Killing, Intentional Injury

GİRİŞ

TCK'nın 82. maddesinin (b) bendinde kasten öldürme suçuyla ilgili olarak ilki “canavarca hisle”; ikincisiyse “eziyet çektirerek” olmak üzere iki nitelikli hale yer verilmiştir. Nitekim TCK'nın 81. maddesinde kasten öldürme suçunun yaptırımını “müebbet hapis cezası” olarak düzenlenmişken, TCK'nın 82. maddesinde nitelikli hallerin varlığı halinde yaptırım olarak “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” öngörülmektedir. Ayrıca 7242 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 31100 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak 15.4.2020 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasına (f) bendi eklenerek kasten yaralama suçunun “canavarca hisle” işlenmesi, kasten yaralama suçunun nitelikli olarak öngörülmüştür. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK) dönemindeyse “canavarca bir his sevki ile” ifadesine yalnızca kasten öldürme suçuyla ilgili olarak 450. maddesinin (3). bendinde yer verilmişti.

Bu kapsamda, çalışmada “canavarca his” kavramı incelenecek ve bu kavramdan neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır. Söz konusu değerlendirmelerde bulunabilmek için öğretide ve uygulamada bu kavramın ne şekilde anlaşıldığına değinilecektir. Bunun için kasten öldürme suçunun “canavarca hisle” mi yoksa “eziyet çektirerek” mi işlendiği sorununun tespiti de ele alınacaktır. Ayrıca kasten yaralama suçunun “canavarca hisle” işlenmesinden bahsedilecektir. Ardındansa “canavarca his” kavramı yerine başka bir kavramın kullanılmasının mümkün olup olmadığı hususu üzerinde durulacaktır.

I. “CANAVARCA HİS” KAVRAMI

A. Tanım Denemesi

TCK’da “canavarca his” kavramının tanımlanmadığı görülmektedir. Benzer durum ETCK bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda kavramın tanımının yapılması öğretiye ve uygulamaya bırakılmıştır¹, Tanımın yapılmamasının yerinde olduğu, böylece somut olaya göre değerlendirmenin gerçekleştirilmesinin uygulama bakımından mümkün kılındığı, her kavramın tanımının yapılması halinde kanunun tanımla dolacağı belirtilmekteyse² de

¹ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 3. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2016, s. 47.

² ETCK’nın 450. maddesinin 3. fıkrasında ““canavarca bir his sevki ile” öldürmeden söz edilip bu deyim tanımı yapılmadığına göre, öldürmenin canavarca hisle işlenip işlen-

“canavarca his” kavramı muğlaktır. Elbette ki bu kavramdan bahsedildiğinde ister istemez her bir bireyin aklında belli bir çağrışım oluşmaktaysa da oluşan bu çağrışımın herkes bakımından ortak olduğunu söylemek iddialı olur.

Özü itibariyle bir kimsenin öldürülmesinin dahi canavarlık olarak kabul edilmesi mümkündür³. Canavarca histen anlaşılması gerekenin belli olması, bu belirlemenin yapılmasının güç olması⁴, sorunlara yol açmakta ve uygulamada farklı farklı kararların verilmesine neden olmaktadır. Nitekim Yargıtay’ın dahi birbiriyle çelişen kararları söz konusudur.

Yargıtay’ın kararlarına bakıldığında “canavarca his” kavramının tanımının yapılmadığı⁵, örneklemek suretiyle söz konusu değerlendirmeyi yaptığı görülmektedir.⁶ Ancak söz konusu durum eleştirilmelidir. Zira bu kavramdan neyin anlaşılması gerektiği net değildir⁷. Tanımın yapılmasının zor olmasının bunun olanaksız olduğu anlamına gelmeyeceği belirtilmekteyse de⁸ YCGK, 15.4.1963 tarihli kararında “*ne gibi duyguların canavarca olduğunu tanımlamak imkânsızdır*” demiştir⁹. Somut olaya ilişkin çözümün be-

mediğini yargıcın, olayın mahiyetini ve eylemin işleniş biçimini göz önünde bulundurarak takdir edeceği kuşkusuzdur. Sanıkların maktulleri hiç tanımadıkları halde sırf kendi görüşlerinde olmamalarından dolayı ve müştereken onları bayılıncaya kadar dövmele ve daha sonra da bu kişileri bağlayarak çuvala koymaları, işlemiş oldukları bu suçun delil ve emarelerini ortadan kaldırmak, daha doğrusu kendilerini ele vermek korkusuna yönelik olup, bu hali kanunun amaçladığı anlamda «canavarca his» biçiminde kabul etmek olanaksızdır.” Askeri Y. 3. CD. 450/507 T. 29.12.1981 (Karar metni için bkz. **Selçuk**, Sami: “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme”, Yargıtay Dergisi, C.14, S. 4, Ekim 1988, s. 480)

³ **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2017, s. 48; **Hafizoğulları**, Zeki/**Ketizmen**, Muammer: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, Y. 66, S. 1, 2008, s. 148.

⁴ **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 30.

⁵ **Otacı**, Cengiz: Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 488.

⁶ “Uygulamalarda Yargıtay’ın tanımlamadan ziyade örneklemelerle kavramları açıkladığı, uygulayıcıya, olayına göre yorum yapma imkânı tanıdığı görülmektedir” YCGK, 520/19, T. 1.2.1988 (Karar metni için bkz. **Savaş/Mollamahmutoglu**, C. 3, s. 4086-4090)

⁷ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 480-481.

⁸ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 480-481.

⁹ YCGK 1-17/1, 15.4.1963 T. (Karar metni için bkz. **Savaş**, Vural/**Mollamahmutoglu**, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 3, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995, s. 4100-4102)

lirlenmesi, buna karşın teorik çerçevenin çizilmemesi¹⁰, çelişkili kararların verilmesine neden olmaktadır. Öğretide “canavarca his” üzerinde yeterli çalışmanın bulunmamasının da yargı kararlarının oluşumuna etki edememesine sebep olduğu yönünde eleştirildiği görülmektedir¹¹.

“Canavarca his” ifadesinin anlaşılabilmesi için öncelikle “canavar” kavramına bakmakta fayda vardır. Bu kapsamda “canavar” kavramının anlamının tespiti bakımından etimolojiden yararlanmak gerekmektedir¹². Türk Dil Kurumu’nun sözlüğünde “*masallarda sözü geçen yabani, yırtıcı hayvan*”, “*köpek balığı*”, “*haşarı, yaramaz çocuk*”, “*kurt, domuz vb. cana kıyan yaban hayvanı*”, “*acımasız, kötü ruhlu, zalim (kimse)*”, “*herhangi bir şeye çok düşkün olan*” şeklinde tanımlanmaktadır¹³. Farsçada bileşik sıfat olan “canavar” (“*can-aver*”, “*can-ver*”) “*canlı, yaşayan*”; isim olaraksa “*zararlı hayvan, domuz*” anlamına gelmektedir¹⁴. Hukuk sözlüğünde ise “*vahşi hayvan, ejderha*” olarak tanımlandığı görülmektedir¹⁵. “Canavarca” ifadesi sıfat olarak kullanıldığında “*canavar gibi*”; zarf olarak kullanıldığında ise “*canavara uygun bir biçimde, canavarcasına*” anlamına gelmektedir¹⁶. Bu kapsamda “canavarca his”sin Türkçede “*yabancı ve acımasızca his*” şeklinde kullanıldığı belirtilmektedir¹⁷.

“Canavar” kavramının TCK’nın 82. maddesinin (b) bendinde esas olarak yırtıcı hayvan anlamında kullanıldığı, bu hayvanın özelliğinden yola çıkmak suretiyle bir kimseyi öldüren failin kötülüğüne işaret edildiği söylenmektedir¹⁸. Bu kapsamda “*acımasızca, zalimce, vahşice, vahşi hayvan gibi; bu tür bir hisle*” bir kimsenin öldürülmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁹.

YCGK ise 2002/425 sayılı kararında, “canavar” kavramının cana kıyan yaban hayvanı anlamına gelmesinden hareketle kasten öldürme suçunun “canavarca hisle” işlenmesi bakımından kanun koyucunun mecaz yaptığına

¹⁰ Otacı, Öldürme, s. 489.

¹¹ Otacı, Öldürme, s. 487.

¹² Selçuk, “Canavarca”, s. 3013.

¹³ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 11. Bası, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011, s. 440.

¹⁴ Devellioğlu, Ferit: Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lugat, 31. Bası, Aydın Kitabevi, Ankara 2015, s. 140.

¹⁵ Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 188.

¹⁶ Türk Dil Kurumu, s. 440.

¹⁷ Selçuk, “Canavarca”, s. 468.

¹⁸ Özen, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 137.

¹⁹ Yılmaz, s. 188.

işaret etmiştir²⁰. Ardındansa “*satanist inançlar doğrultusunda toplum bilinci ve ahlakının geniş tepkisini çeken, amacı itibariyle tehlikeli ve vahşi kötülük eğilimini sergileyen psikolojik bir güdü altında*” bir kimsenin öldürülmesini bu kapsamda kabul etmiştir. Nitekim aynı olayla ilgili olarak Y. 1. CD., 2002/361 sayılı kararında insanın kurban edilmesinin inanç ya da düşünce yahut da somut olaydaki gibi şeytani bir gayeyle işlenmesi olarak kabulünün toplum bakımından tehlikeli ve vahşilik olduğunu belirtmiştir. Nitekim günümüzde artık insan hayatının her şeyin üzerinde tutulması gerekliliği evrensel bir anlayıştır²¹. İlk derece mahkemesi ise 5.6.2002 tarihli 107-114 sayılı kararında bizatihi satanist düşünceye sahip olunarak, bu düşünce etrafında bir kimsenin öldürülmesinin “canavarca his” olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir²². İlk derece mahkemesinin, Y. 1. CD.’nin ve YCGK’nın görüşlerine bakıldığında dahi “canavarca his” ifadesinin aynı şekilde yorumlanmadığı görülmektedir. Esasında sorunun temelinde “canavar” kavramından neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin tereddüt yatmaktadır. Nitekim bu kavramdan “yırtıcı bir hayvan” anlaşılıyor ve bu kapsamda mecaz yapılıyor olsa dahi söz konusu durum bir sonraki başlıkta üzerinde durulacak olan eziyet çektirerek öldürmeyi de akla getirmektedir. Yine bu ifadeden mecaz olarak “yırtıcı bir hayvan”ın anlaşılması da bizatihi sorundur. Nitekim söz konusu durumda yırtıcı hayvan, hayatta kalabilmek ve karnını doyurabilmek adına başka bir canlıyı öldürmektedir.

Her ne kadar Türkçeye “canavar” olarak çevrilse de söz konusu nitelikli halin kaynağını oluşturan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun (İt. CK) 366. maddesinin 3. bendinde bunu ifade etmek için “brutale” kelimesinin kullanıldığı ve bu ifadenin kökenine inildiğinde “brutus” kelimesiyle karşılaşılabileceği, bununsa “*brutus biçiminde öldürme*” olup, “*salt kalleşlik (yabanıl, acımasız, vicdansız, zorba kötülük) dürtüsüyle insan öldürme*” anlamına geldiği belirtilmektedir²³. Yine bu kapsamda “*insafsız bir zihniyetin hakimiyeti altında öldürme*” olarak da tanımlanmaktadır. Mehaz kanundan

²⁰ Ancak YCGK’nın 1.2.1988 tarihli kararında, “canavar” kavramını mecazi anlamından ziyade gerçek anlamını temel alarak yorumladığı yönünde bkz. **Selçuk**, “*Canavarca*”, s. 467.

²¹ Y. 1. CD. E. 2001/4274 K. 2002/361 T. 6.2.2002 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 1.12.2020)

²² YCGK E. 2002/1-294 K. 2002/425 T. 17.12.2002 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020)

²³ **Selçuk**, Sami: “*Ana Dili Bilinci, Türkçe ve Hukuk Dilimiz*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3013.

“canavarca” şeklinde ifade edilmek suretiyle alınan ifadenin “*kötülük, kötü yüreklilik, yabanıl, vahşi, hayvanımsı, kaba, hoyrat, sert, acımasız*” anlamına geldiği ve sonuç olarak “*yalnızca yabanıl (hayvanca) kötü yüreklilik itkisi (içtepisi) ile*” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda “canavarca his” ifadesinin masallarda yer alan kurt, domuz gibi cana kıyan, yabanıl, yırtıcı hayvanla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle mehaz kanundan birebir çeviri yapmak yerine; “canavarca” ifadesinin kullanılması yerinde olarak eleştirilmektedir. Ayrıca mehaz kanunda yer alan “yalnızca” ifadesinin de “canavarca” ifadesinden evvel kullanılması bir diğer sorunu oluşturmaktadır. Örneğin (A)’nın babası (B)’yi öldüren (C)’den öç almak amacıyla (C)’yi öldürmesi halinde (A)’da canavarca his olsa dahi (A) yalnızca canavarca hisle hareket etmediğinden hakkında söz konusu nitelikli hal uygulanmamalıdır²⁴. Yine birkaç kuruş için bir kimsenin öldürülmesi halinde de bu nitelikli halin uygulanmasından bahsedilemez²⁵. Ancak TCK’da “yalnızca” ifadesine yer verilmediğinden başkaca sebeplerin varlığı halinde dahi olayın özelliklerine göre canavarca hissin varlığından bahsetmenin mümkün olduğu ileri sürülmektedir²⁶.

Alman Ceza Kanunu’nun (Al. CK) kasten öldürme suçunun nitelikli hallerini ifade etmek üzere kullanılan ve “cinayet” başlığını taşıyan 211. paragrafının 1. fıkrasında katilin müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacağı, 2. fıkrasında katilin “*öldürme zevki, cinsel güdülerini tatmin, açgözlülüğü ya da bu gibi alçakça güdülerini nedeniyle; kötü niyetle, acımasız bir şekilde veya toplum için genel tehlike yaratan araçlarla; bir suçu mümkün kılmak ya da gizlemek için bir insanı öldüren kişi*” olduğundan bahsedilmiştir. Burada öldürme zevki, cinsel güdülerin tatmini ya da açgözlülük alçakça güdülerin yasal örneklerini oluşturmaktadır²⁷. Söz konusu hükümdeki “öldürme zevki” TCK’nın 82. maddesinin (b) bendindeki “canavarca his”se; “acımasız bir şekilde öldürme” ise “eziyet çektirerek” öldürmeye

²⁴ Ancak ETCK’nın 450. maddesinin (10). bendinde kasten öldürme suçunun “kan gütmeye saikiyle” işlenmiş olmasından bahsedilmesine karşın bu ağırlaştırıcı nedenin uygulama alanı bulabilmesi için “yalnızca kan gütmeye saikiyle” işlenmesinin arandığı yönünde bkz. **Selçuk**, “*Canavarca*”, s. 467-469, 478.

²⁵ **Rem**, Faruk: “*Adam Öldürme*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 1953, s. 55.

²⁶ **Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 27; YCGK 1-17/1, 15.4.1963 T. (Karar metni için bkz. **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 4100-4102)

²⁷ **Kühl**, Kristian: Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., Verlag C.H. Beck oHG, München 2018, StGB § 211, Rn. 4.

tekabül etmektedir. Bu kapsamda Al. CK'da, TCK'da olduğu gibi “canavarca his” kavramından bahsedilmemektedir. Nitekim “öldürme zevki”, Alman Federal Yargıtayı'nca bir insanın hayatına son vermeye ilişkin “doğal olmayan bir sevinç” şeklinde tanımlanmaktadır²⁸. Ancak bu tanım, ister istemez failin akli dengesi bakımından sorunların varlığını akıllara getirmektedir ve bu nedenle eleştirilmektedir²⁹. Zira bir kimseyi öldürmenin “doğal” sevinci diye bir şey yoktur³⁰. Bu kapsamda failde başkalarının yaşamını aşağı görme ve hiçe sayma şeklindeki duygunun varlığı aranmaktadır. Ayrıca failin bu fiili gerçekleştirilmesi bakımından mağdurun faille herhangi bir neden vermemiş olması gerekmektedir. Tesadüf eseri failin önüne çıkan bir kimseyi öldürmeye ilişkin saf kötülüğü, tümüyle keyfiyet gereği ya da öldürmeden haz alması, adeta amiyane tabiriyle “spor olarak mağdur avına çıkması” bu kapsamda değerlendirilmelidir. Mağdurun ölümü, failin tek amacıdır. “Acımasız bir şekilde” öldürme kapsamında ise tıpkı “eziyet çektirerek” öldürmede olduğu gibi, öldürmek için gerekenin ötesinde mağdura acı veya ızdırabın çektirilmesi kabul edilmektedir³¹. Sırf insan yaşamının sonlandırılmasına ilişkin zevk ve bu zevki tatmin etmek amacıyla işlenen kasten öldürme suçu bakımından canavarca hissin varlığının kabul edilmesi gereklidir³². Bu kapsamda TCK'nın 82. maddesinin (b) bendinden öngörülen “canavarca his” kavramı yerine bu kavramı ifade etmek üzere Al. CK'da yer alan “öldürme zevki” kavramının kullanılması önerilebilir.

TCK'nın 82. maddesinin (b) bendinde saikten değil, “his”ten bahsedilmiştir. Ancak failin iç dünyasıyla ilgili olan söz konusu hissin, saik kapsamında düşünülmesi gereklidir³³. Nitekim saik, faili davranışta bulunmaya

²⁸ BGH Urt. v. 7.7.1953 – 1 StR 195/53, BeckRS 1953, 31370823 (Karar metni için bkz. <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F1953%2Ffont%2Fbeckrs.1953.31370823.htm&anchor=Y-200-GE-BGH-D-1953-07-07-AZ-1STR19553>) (Erişim Tarihi: 6.12.2020)

²⁹ **Schneider**, Hartmut: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2017, StGB § 211, Rn. 49.

³⁰ **Neumann**, Ulfrid/**Saliger**, Frank: Nomoskommentar Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Nomos, StGB § 211, Rn. 8.

³¹ **Eser**, Albin/**Stenberg-Lieben**, Detlev: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., Verlag C.H. Beck oHG, München 2019, “StGB § 211 Mord”, Rn. 15, 27.

³² **Önder**, s. 27; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 125; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 3009-3010; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 47.

³³ **Otaç**, s. 489-490; **Otaç**, Cengiz: “*Karar İncelemesi Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1494.

iten neden, itici güç olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda amaçtan ayrılır. Bazı hallerde failin amacının aynı zamanda saikini oluşturması mümkünse de çoğu zaman bu iki husus birbiriyle örtüşmez. Örneğin A, intikam almak için B'yi öldürdüğünde, “intikam” saiki, “B'nin ölümü” ise amacı oluşturmaktadır³⁴. Fail tarafından gerçekleştirilen davranışın sosyal değerinin ve bu kapsamda “iyi” ya da “kötü” olarak değerlendirilebilmesi için faili davranışı gerçekleştirmeye iten saik, önem taşımaktadır. Saik, davranışın kast veya taksirden evvel gelen psikik nedeni olup, dürtü, içgüdü ve duygulardan ibarettir. Örneğin fakirlere yardım etme saikiyle hırsızlık yapanla, yaz tatiline gidebilmek için hırsızlık yapan her ne kadar hırsızlık suçunun faili olsalar da moral açıdan söz konusu iki saik birbirinden farklıdır³⁵. Benzer durum, kasten öldürme suçu için de geçerlidir. Ancak burada hırsızlık suçundan farklı olarak “canavarca his”, TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde değil, kanun koyucu tarafından özel olarak TCK'nın 82. maddesinin (b) bendinde öngörüldüğünden, suça etki eden yani suçun tali kurucu unsuru olarak ortaya çıkmaktadır.

B. Öğretinin ve Uygulamanın Kasten Öldürme Suçu Özelinde “Canavarca His” Kavramına İlişkin Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımın Eleştirisi

Öğretide, canavarca hissin, toplum bilincinin ve ahlakının tepkisine neden olan, failin amaçladığı nedenle, gerçekleştirdiği netice bakımından nicel açıdan orantısızlığın bulunduğu, her türlü emare ve delille kanıtlanabilen ve de özünde hoyrat ve yabanıl kötülük eğilimi bulunan psikolojik içtepi şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Ayrıca “canavarca his” failin “ahlaki düşüklüğünün” de göstergesi olarak yorumlanmaktadır³⁶. Nitekim söz konusu nitelikli halin kaynağını oluşturan 1889 tarihli İt. CK'nın 366. maddesinin 3. bendinin gerekçesinde “canavarca his”ten ölüm neticesiyle faili bu öldürme davranışına iten neden arasındaki ciddi derecede ölçüsüzlüğün ve orantısızlığın anlaşılması ve bunun nesnel bir ölçüt olarak kabul edilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Zira söz konusu durum failin değersizliğini ve gereksizliğini göstermektedir³⁷. Ancak faili kasten öldürme suçunu işlemeye iten saikin, diğer insanlar tarafından “kötü” ya da “iğrenç” olarak

³⁴ **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 247.

³⁵ **Toroslu**, Haluk: “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. I, 1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 698-700.

³⁶ **Selçuk**, “*Canavarca*”, s. 469-470, 481-482.

³⁷ **Selçuk**, “*Canavarca*”, s. 468-469, 476-477.

kabul edilmesi tek başına canavarca hissin varlığını göstermemektedir³⁸. Örneğin eşinin kendisini aldattığı kişinin üç yaşındaki çocuğunu sırf intikam almak amacıyla öldürülmesini Yargıtay her ne kadar “canavarca his” kapsamında kabul etmişse³⁹ de burada “canavarca his” yoktur.

Yargıtay bir diğer kararındaysa sanığın başkasıyla evli olmasına karşın başka bir kimseyle birlikte yaşaması ancak sanığın çalışmaması ve birlikte yaşadığı kişiye ve oğluna kötü davranıp dövmesi üzerine ayrılmaları ancak sanığın bunu kabullenemediği, sanığın karşı tarafı sürekli telefonla arayarak tehdit ettiği daha sonra ise karşı tarafın oğlunun anneannesinde kaldığını öğrendiği gün, karşı tarafı arayarak “*sana acı duyuracağım bak diyerek telefon açırken av tüfeği ile uyumakta olan mağdura peş peşe birden fazla ateş ederek silah seslerini ve mağdurun çığlıklarını*” dinlettiği olayda canavarca hissin varlığını kabul etmiştir. Nitekim Yargıtay’a göre sanığın bu davranışının toplumun ortak bilincince hiçbir zaman onaylanması mümkün değildir ve sanık, vahşiliğini ve kötülüğünü göstermiştir⁴⁰. Ancak bu kararda failin saikinden ziyade fiilin işleniş şekline hareketle canavarca hissin varlığından bahsedilmesi sorunludur⁴¹.

Bir diğer tanımlamaysa “canavarca his”ten öldürme amacından daha ileri giden vahşi davranışların anlaşılması gerektiği şeklindedir⁴². Ancak bu tanımda suçu işlemeye iten güdüyle suçun gerçekleştiriliş şekli birbirine karıştırılmaktadır.

Diğer bir tanımlamaysa faili suç işlemeye yönelten saikin, bir insanın duyabileceği hislerin hiçbirisiyle açıklanamaması yani anlamsız olmasıdır⁴³. Yani faili suç işlemeye yönelten saikin, normal şekilde bir insanın duyabi-

³⁸ Selçuk, “Canavarca”, s. 469.

³⁹ “Üç yaşında olan maktulenin annesi Zeytin’in sanığın gayriresmi kocası Gazi ile ilişkisi olmasına kızan sanığın kocası ile ilişki kuran Zeytin’den sırf intikam almak için günahsız üç yaşında maktuleyi boğarak öldürmesinde canavarca bir his içinde olduğu açıkça ortada olduğu halde sanığın TCK.nun 450/3 yerine 448. madde ile cezalandırılması suretiyle öldürme suçunun niteliğinde hataya düşülmesi,” Y. 1. CD. E. 1984/2469 K. 1984/2730 T. 12.6.1984 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 1.12.2020)

⁴⁰ Y. 1. CD. E. 2004/2994 K. 2004/4402 T. 29.12.2004 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 2.12.2020)

⁴¹ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 155-156.

⁴² Dönmezer, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001, s. 51.

⁴³ Erman, Sahir/Özek, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1994, s. 39.

leceği hislerin herhangi birisiyle izahının mümkün olmaması ve böylesine anlamsız bir nedenle bir insanın hayatına son veren failin “canavarca his”le davranışta bulunduğu kabul edilmesidir. Bu kapsamda örnek olarak kişinin gördüğü rüyanın etkisinde kalarak çocuğunu öldürmesi halinde cennete gideceğine inandığı için çocuğunu öldürmesi, yine yaşadığı yerde ortaya çıkan salgın hastalığın komşusunun büyü yapması nedeniyle gerçekleştiğini düşünerek komşusunun öldürülmesi verilmektedir. Söz konusu iki örnek bakımından da failin insani duygulardan uzak olduğu belirtilmektedir. Yine failin, fuhşu ortadan kaldırmak amacıyla geçimini bu şekilde idame ettirenleri öldürdüğü takdirde canavarca hisle kasten öldürme suçunu işlediği, aynı yorumun dini ya da etnik sebeplerle, bazı toplumsal sınıf ya da gruplara duyulan antipati nedeniyle kasten öldürme suçunun işlendiği hallerde de geçerli olduğu, zira çağdaş ve laik bir toplumda söz konusu nedenlerin barbarlığın göstergesi olduğu da savunulmaktadır⁴⁴.

ETCK döneminde de nitelikli hal olarak öngörülen söz konusu nedenle ilgili olarak mehz 1889 tarihli İt. CK’nın gerekçesinde kazanç amacıyla değil, kan arzusuyla ve de insanı ürküten kötü yüreklilikle kasten öldürmenin işlenmesi halinde canavarca hissin varlığından bahsedilmiştir⁴⁵. Bu kapsamda canavarca his, insanın hayvanlığını, vahşi hissini ve kan dökmeye yatkınlığını göstermektedir⁴⁶. Ancak 1930 tarihli İt. CK’nın yürürlüğe girmesiyle artık 1889 tarihli İt. CK’dan farklı olarak yalnızca kasten öldürme ve yaralama suçuyla ilgili olarak değil, genel hükümlerde “*alçakça*⁴⁷ ya da *değersiz/yararsız nedenlerle*” bir kimsenin öldürülmesi ağırlaştırıcı neden yapılmıştır. Ancak bu neden içinde “canavarca his”sin varlığı da kabul edilmektedir. Bu kapsamda örnek olarak bir kimsenin tanımadığı başka bir kimseyi sesini yükselttiği, ufak nitelikte bir anlaşmazlık yaşadığı, kendisine sigara vermediği, küfrettiği, kötülük yapmak ya da gurur duymak için öldürmesi verilmektedir. Bu verilen örnekler bakımından da esasında failin öldürmek için bir nedeni vardır ancak bu neden yok denecek boyuttadır. Bu yüzden söz konusu haller failin kötülüğünün ve tehlikeliliğinin yoğunluğu ile suç işleme eğilimini göstermektedir. Canavarca hissin nitelikli hal olarak

⁴⁴ Erman/Özek, s. 39, 40.

⁴⁵ Selçuk, “Canavarca”, s. 468.

⁴⁶ Majno Ceza Kanunu Şerhi, C. 3, Yargıtay Yayınları No: 8, Ankara 1980, s. 231.

⁴⁷ Alman hukukunda bir kimsenin diğerine “sahip olamaması” ve başkasının da sahip olmasını engellemek amacıyla öldürülmesi halinde suçun “alçakça saiklerle” öldürme şeklinde kabul edildiği yönünde bkz. Gökçen, Ahmet/Balci, Murat: Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 148, dp. 45.

öngörülmesinin sebebini de failin toplum bakımından gösterdiği tehlikelilik oluşturmaktadır. Zira fail tereddüt etmeksizin, canı istediği için birini seçerek öldürmekte ve böylece mağduru bencilce isteklerinin bir aracı haline getirmektedir. Söz konusu durum potansiyel mağdurlar bakımından da oldukça korkutucu bir etkiye sahip olmaktadır⁴⁸. Başkalarının hayatına ilişkin temel bir saygısızlık ve başkalarının hayatını bir hiç olarak görme söz konusudur⁴⁹. Toplumun korunması ve cezanın önleyici işlevinin gerçekleştirilmesi bu kapsamda etkili olmaktadır⁵⁰. Zira davranışın nedenini açıklamak esasında olanak dahilinde değildir. Nitekim neden, davranışı açıklamak bakımından yetersiz kalmaktadır⁵¹.

Esasında canavarca hisle öldürmede failin amacının sadece öldürmek için öldürme olduğu, bu kapsamda öldürmekten zevk alma duygusuyla hareket ettiği görülmektedir. Mağdurun şahsıyla ilgili olarak öldürme için bir nedenin bulunmaması, kasten öldürmenin dışında bir amacın olmaması ve öldürmenin bizzatı suç işleme konusundaki menfaati oluşturmaması söz konusu olmaktadır. Yani “öldürme sevinciyle”, bir kimsenin öldürülmesinin nasıl bir şey olacağına ilişkin duyulan merak veya saf kötülük nedeniyle ya da zaman geçirmek⁵² veya eğlenmek için öldürmeden bahsedilebilir⁵³. Bu kapsamda basına da yansıyan Ceren Özdemir cinayeti örnek olarak verilebilir⁵⁴. Nitekim fail için hedef alınan mağdurun herhangi bir neden olmaksızın başka bir kimseyle değiştirilmesi mümkündür⁵⁵.

⁴⁸ **Schneider**, StGB § 211, Rn. 52.

⁴⁹ **Neumann/Saliger**, StGB § 211, Rn. 8.

⁵⁰ **Gökçen/Balci**, s. 147; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 3009.

⁵¹ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 472-472, 476-477.

⁵² **Kühl**, StGB § 211, Rn. 4.

⁵³ **Schneider**, StGB § 211, Rn. 49.

⁵⁴ **Akyürek**, Güçlü: “YCGK Kararı Işığında Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 82/1-b)”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 185-186, Ocak-Şubat 2020, s. 15. Nitekim Ceren Özdemir’i öldüren fail, işlediği suçla ilgili olarak alınan ifadesinde “Bir marketten bıçak alıp insan avına çıktım. Çeşitli şahısları takip ederek, bıçak ve tornavida ile öldürmeyi düşündüm. Ancak son anda başkaları karşıma çıkınca gerçekleştiremedim. Olay sabahı, ‘Kimi öldürebilirim’ diye insan takibine başladım. Karşıma bir bayan çıktı. Takip ederek, evinin bulunduğu binayı öğrendim. Ancak hangi daireye girdiğini görmedim. Bu kıızı öldürmeyi çok istedim. Cezaevinden çıkınca adresini tespit etmiş olduğum bayanı öldüreceğim. Caddede kısa boylu bayanı gözüme kestirerek takibe başladım. Bazen aramıza mesafe koyup bazen yan yana yürüdüm. Zile bastı. Tam kapıyı kapatacakken ‘Bakar mısınız’ deyip birlikte apartmana girdim ve bıçakladım. Pişman değilim. Cezaevinden çıkarsam yine insan öldürmeyi düşünüyorum.” demiştir. (İlgili haber metni için bkz. <https://www.internethaber.com/ceren-ozdemiri-katili-ozgur-arducun-ifadesi-kan->

Öldürmek için öldürmek⁵⁶, öldürmeden zevk almak⁵⁷, silahını denemek⁵⁸, kan dökmek için öldürmek, kan gördükçe kan dökmeye devam etmek istemek, canavarca hisle öldürmeye örnek olarak verilmektedir. Ayrıca öle-

dondurdu-cikinca-yine-oldurecegim-foto-galerisi-2067890.htm) (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

Ancak YCGK benzer bir olayda ise bu ağırlaştırıcı nedeni uygulamamıştır. Nitekim söz konusu karar şu şekildedir: “*Olayda sanık 9 yaşındaki maktulü (sigara vereceğinden) bahisle kandırarak belediye parkından yanına alıp ıssız mahal olan olay yerine götürmüştür. Orada öldürmek için hiçbir sebep mevcut olmaksızın merhametsizce boğazını sıkıp (hyoid) kemiğini kırdıktan sonra çizmesinin ökçe kısmı ile gaddarca baş ve yüz nahiyelerini tekmeleyerek feci şekilde öldürmesi*”ni kasten öldürmenin basit hali olarak kabul etmiştir. YCGK, 520/19, T. 1.2.1988 (Karar metni için bkz. **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s.4086-4090) Ceren Özdemir cinayetiyle ilgili olarak “canavarca his”sin kabul edilmesi, bahsi geçen ve YCGK’nın 520/19 sayılı kararına konu olan olay bakımındansa “canavarca his”sin kabul edilmemesinin çelişkili olacağı belirtilmelidir.

⁵⁵ **Schneider**, StGB § 211, Rn. 49.

⁵⁶ Öldürme sürecinin kendisi, burada tek öldürme dürtüsünü oluşturmaktadır. Bkz. **Kühl**, StGB § 211, Rn. 4. “*Sanığın, içgüdüsel tatmin amacı ile tanımadığı maktule müteaddit defa büyük bir taş kütleli ile saldırarak, sırf öldürmüş olmak için öldürdüğü, bu doğrultuda failin, canavarca his sevkinden başka kendisini eyleme iten herhangi bir neden mevcut olmaksızın, suçun işleniş biçimi ve eylemin ağırlığı ile ortaya çıkan kastinin, kullandığı yöntem itibarıyla canavarca hisle öldürme suçuna yönelik olduğunun anlaşılması karşısında; TCK.nin 82/1-b maddesi kapsamında hüküm kurulması yerine, suç niteliğinin tayininde yanılığa düşülerek TCK.nin 81. maddesi gereğince kasten öldürme suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olduğundan, İzmir Bölge Adliye Mahkemesince yazılı şekilde CMK.nin 280/1-a-c maddeleri uyarınca esastan reddine karar verilmiş olması,*” Y. 1. CD. E. 2019/3513 K. 2019/5634 T. 18.12.2019

Ancak YCGK benzer bir olayda ise bu ağırlaştırıcı nedeni uygulamamıştır. Nitekim söz konusu karar şu şekildedir: “*Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın, komşusu maktul ile birlikte apartmanın sığınağına indikleri... Sanığın, eşya indiren maktulle birlikte girdiği apartmanın bodrum katında, maktulün, etrafta dağınık şekilde bulunan eşyaların belli bir düzene göre konulmasının uygun olacağını söylediği esnada, depoda bulunan baltanın künt tarafı ile maktulün kafasına vurduğu, daha sonra yere düşen maktule başını gövdeden ayırarak şekilde birçok kez baltayla vurmak suretiyle öldürdüğü olayda; sanığın maktulü öldürme nedeninin tespit edilememesi ve öldürme kastına yönelik çok sayıdaki yaranın tek başına canavarca hisle kasten öldürme suçunun kanıtı sayılamayacağı, sanığın canavarca hisle öldürme amacıyla hareket ettiğini gösterir nitelikte delil bulunmadığı, bu şekilde sanığın fiilinin TCK’nun 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.*” YCGK E. 2015/1-334 K. 2016/317 T. 20.9.2016 (Karar metinleri için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 1.12.2020) Söz konusu bu iki kararın birbiriyle çeliştiği ifade edilmektedir.

⁵⁷ **Akyürek**, s. 16, 18.

⁵⁸ YCGK 1-17/1, T. 15.4.1963 T. (Karar metni için bkz. **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 4100-4102); YCGK E. 1983/8-64 K. 1983/156 T. 4.4.1983; Y. 1. CD. E. 2017/2099 K. 2019/1046 T. 20.2.2019 (Karar metinleri için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

nin acı çekmesinden zevk duymak, bu kapsamda örnek olarak verilmek-teyse de burada eziyet çektirerek öldürmenin de söz konusu olabileceği belirtilmelidir. “Canavar” ifadesi failin duygusuzluğunu, “his” ifadesiyse insansı bir durumu anlatmakta olup “canavarca his”ten anlamsızlığın anlaşılması gerektiği de savunulmaktadır. Bu kapsamda nedensiz yere öldürme halinde de canavarca hissini varlığından bahsedilmektedir⁵⁹. Bu kabulün temelinde esasında daha evvel de belirtildiği üzere mehzaz kanunda “canavarca his”ten evvel “yalnızca” ifadesine yer verilmesi yatmaktadır. Oldukça anlamsız ya da uzak olarak kabul edilen bir sebebin bulunduğu her durumda dahi “yalnızca canavarca his” söz konusu olmadığından bu ağırlaştırıcı sebep uygulanmamaktadır⁶⁰. Ancak nedensiz yere öldürmek ya da öldürme fiilinin izahının açıklanamadığı hallerde canavarca hissini varlığından bahsedilmemelidir⁶¹. Nitekim burada insanın gerçekleştirdiği fiilin nedenden yoksun olmayacağı belirtilmelidir. Ayrıca nedensiz yere öldürme halinde failin artık akıl sağlığının da yerinde olmayabileceği, bu nedenle cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabulünün yerinde olmayacağına ilişkin savunmaların dahi yapılması mümkündür⁶². Bu yüzden, nedenin bilinmemesi ya da açıklanamaması nedeniyle canavarca hissini varlığı kabul edilmemelidir. Muhtemel nedenler ayrık tutulduğunda failin kişiliği, bu kapsamda örneğin kavgacı ya da zorba bir yapıya sahip olmasıyla söz konusu his açıklanabilir. Yine neden eksikliğinin yanında ayrıca failin geçmişinden yararlanmak suretiyle canavarca hissini varlığı anlaşılmaya çalışılmalıdır⁶³. Ancak yapılan tüm bu belirleme ya da tanımlama çalışmalarına karşın yine de nesnel bir ölçütün belirlenmesinin zor olduğu belirtilmelidir.

II. KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN “CANAVARCA HİSLE” Mİ YOKSA “EZİYET ÇEKTİREREK” Mİ İŞLENDİĞİ SORUNU

A. Sorunun Nedeni

TCK’nın 82. maddesinin (b) bendinde ilki “canavarca hisle”; ikincisiyse “eziyet çektirerek” olmak üzere iki ayrı nitelikli hale, aynı bent

⁵⁹ **Toroslu**, Nevzat, s. 31. Failin annesini herhangi bir neden olmaksızın öldürmesi, bu kapsamda örnek olarak verilmektedir. Bkz. **Arslantürk**, Mustafa: Öldürme Suçları Açıklamalı – Örnekle – Notlu – İçtihatlı – Gerekçeli, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 398.

⁶⁰ **Erman/Özek**, s. 38.

⁶¹ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 3009.

⁶² **Erman/Özek**, s. 38-39.

⁶³ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 469.

altında yer verilmesi eleştirilmesi gereken bir durumdur. Nitekim kasten öldürme suçunun “canavarca hisle” işlenmesi failin sübjektif durumundan, “eziyet çektirerek” işlenmesi suçun işlenme yani davranışın gerçekleştirilme şeklinden kaynaklanmaktadır⁶⁴. Bir anlamda “canavarca hisle” öldürmede fail, “eziyet çektirerek” öldürmede ise fiil ön plana çıkmaktadır⁶⁵. Nitekim bir önceki başlıkta da belirtildiği üzere “canavarca his” failin psikolojisiyle⁶⁶ ve faili suça iten içtepiyle yani güdüyle ilgilidir⁶⁷. Bu kapsamda her iki nitelikli hal, birbirinden bağımsızdır⁶⁸. Hükmün gerekçesinde de iki ayrı seçimlik harekete aynı bent altında yer verildiği belirtilmiştir⁶⁹. “Eziyet çektirerek” öldürmede, öldürmenin işleniş şekli itibarıyla canavarca gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür⁷⁰ ki belki de bu durum dahi söz konusu iki nitelikli halin birbirine karıştırılmasına sebebiyet vermektedir.

Failin “canavarca hisle” kasten öldürme suçunu işlemesine karşın bunu “eziyet çektirerek” gerçekleştirmemesi mümkün olduğu gibi⁷¹ failin “canavarca hissi” bulunmamasına karşın mağdur “eziyet çektirerek” öldürmesi de mümkündür⁷². Ancak “canavarca hissin” failin davranışlarına aynı zamanda “eziyet çektirerek” öldürme şeklinde yansımaları da mümkündür⁷³ ki bu durumda failin ceza sorumluluğu her iki nitelikli hal bakımından söz konusu olacaktır. Bu halde faile iki kez “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” değil, bir kez “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” verilecektir.

⁶⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 125; **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 99; **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 2, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 2659; **Özbek**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 224-225. Ancak, eziyetin failin sübjektif durumundan kaynaklandığı yönündeki farklı görüş için bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 48; **Önder**, s. 27; **Artuç**, Mustafa: Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 183.

⁶⁵ **Akyürek**, s. 15.

⁶⁶ **Akyürek**, s. 9.

⁶⁷ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 471.

⁶⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 153; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 125; **Otaç**, Öldürme, s. 490.

⁶⁹ Gerekçe metni için bkz. **Şahin**, Cumhuriyet/**Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 173.

⁷⁰ **Koca/Üzülmez**, s. 99-100.

⁷¹ Bu kapsamda tesadüf eseri önüne çıkan bir kimseyi öldürmek isteyen failin, bu kimsenin kafasını hedef alarak bir el ateş etmesi ve öldürmesi verilebilir.

⁷² **Olgun**, Eser: “Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 1646.

⁷³ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 471.

Ancak hüküm kurulurken söz konusu iki nitelikli halin de olayda bulunduğu belirtilmelidir. Bu kapsamda örneğin ileride söz konusu nitelikli hallerden biri bakımından af çıkması halinde, diğer neden varlığını devam ettirerek failin bu aftan yararlanmasına engel olunacaktır⁷⁴.

İki ayrı nitelikli hale aynı bentte yer verilmesinin bir diğer nedeni olarak yine iki ayrı nitelikli hale ETCK'nın 450. maddesinin (3). bendinde⁷⁵ birlikte yer verilmesinin de etkili olduğu belirtilmelidir. Ancak kasten öldürme suçuyla ilgili olarak örneğin bu suçun “tasarlayarak” işlenmesi nasıl ki TCK'nın 82. maddesinin (a) bendinde bağımsız ve tek başına ayrı bir nitelikli hal olarak öngörülmüşse benzer düzenlemenin (b) bendinde öngörülen söz konusu nitelikli haller için de gerçekleştirilmesinde fayda vardır.

Her iki nitelikli halde de faildeki ahlaki kötülüğün yoğunluğu ve insana has duygulardan yoksunluk cezanın ağırlaştırılmasını gerektirmektedir⁷⁶. Nitekim “canavarca hisle” öldürmedeki temelsizlik ve mantıksızlık cezanın ağırlaştırılması bakımından meşruiyetini göstermektedir⁷⁷. Yine “eziyet çektirerek” öldürmede, failin değerlere olan kayıtsızlığının ve de nefretinin suçu barbarca işlemesine neden olduğu ve failin bu tehlikeliliğinin daha ağır bir şekilde cezalandırmanın gerekçesini oluşturduğu görülmektedir⁷⁸. Ancak her iki nitelikli hale aynı bent altında yer verilmesinin çalışmanın ilerleyen bölümlerinde de açıklanacağı üzere “canavarca his” ifadesinden, neyin anlaşılması gerektiği hususuna ilişkin öğretide ve uygulamada herhangi bir birliğin sağlanması bakımından engel oluşturduğu görülmektedir.

Kasten öldürme suçunun “canavarca hisle” işlenmesiyle, suçun gerçekleştiriliş şeklinin “canavarca” olması aynı şey değildir ki birbirine en çok

⁷⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2654-2655.

⁷⁵ Bu hükme göre “öldürmek fiili: ... canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile ika edilirse... Fail, “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis” cezasına mahkûm edilir.” Söz konusu hükümde 2004 yılında ve yayım tarihinde yürürlüğe giren 5218 sayılı “Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 1. maddesi (bkz. 25529 sayılı 21.7.2004 tarihli Resmî Gazete) ile gerçekleştirilen değişiklikten evvel, idam cezası öngörülmekteydi.

“Tazip” köken olarak Arapçadan gelmektedir ve “sıkıntıya sokma, üzme” (bkz. **Türk Dil Kurumu**, s. 2292), “eziyet etme, boşuna yorma” anlamına gelmektedir. Bkz. **Devellioğlu**, s. 1217.

⁷⁶ **Dönmezer**, s. 51; YCGK, E. 2017/659, K. 2018/668, T. 20.12.2018 (Karar metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-659-k-2018-668-t-20-12-2018>) (Erişim Tarihi: 6.12.2020); **Koca/Üzülmez**, s. 99.

⁷⁷ **Schneider**, StGB § 211, Rn. 52.

⁷⁸ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 471.

bu iki hususun karıştırıldığı görülmektedir. Failde “canavarca his” bulunmamasına karşın suçun “canavarca” gerçekleştirilmesi halinde “eziyet çektirerek” öldürmeden bahsedilmesi gereklidir⁷⁹. Örnek olarak kendisine küfreden (A)’yı, (B)’nin küçük küçük parçalar halinde doğrayarak öldürmesi halinde (B)’yi öldürmeye yönlendiren his, “canavarca” değildir⁸⁰. Ancak suçun işleniş şekli “canavarca”dır. Buna karşın yine de uygulamada kasten öldürme suçunun “canavarca hisle” işlenmesiyle “eziyet çektirerek” işlenmesi arasındaki farkın net bir şekilde ortaya konulmadığı görülmektedir⁸¹.

⁷⁹ Erman/Özek, s. 39; Özen, s. 136.

⁸⁰ “Sanık ... ile arkadaşı olan maktul ...’un olay günü Çeşme ilçe merkezinde buluşup marketten alkol aldıktan sonra, sanık ...’nin yaklaşık bir aydan beri kalmakta olduğu bağ evine gittikleri ve alkol almaya başladıkları, içkilerinin bitmesi üzerine maktulün, sanıktan ilçe merkezine giderek rakı almasını istediği ve konuşma esnasında sanığa küfrettiği, sanığın içki almaya gitmeyi kabul etmemesi üzerine maktulün ısrar ederek küfürlü konuşmaya devam ettiği, maktulün yoğun ısrarı üzerine sanığın, maktulü küfretmemesi hususunda uyardıktan sonra ilçe merkezine gittiği, ilçe merkezinde önce marketten aldığı biraları içen sanığın, bir bara giderek orada da alkol aldıktan sonra rakı almaya parası yetmediği için şarap alarak gece yarısından sonra bağ evine döndüğü ve uyumakta olan maktulü uyandırıp şarap aldığını söylediği, sanığın rakı yerine şarap getirdiğini gören maktulün, aksi kanıtlanmayan savunmaya göre sanığa kızdığı ve siniklikli sözlerle küfrettiği, bunun üzerine sanığın maktule iki tokat attığı, maktulün de bıçak ile sanığın üzerine yürüdüğü, maktulün elinden bıçağı alan sanığın, maktulü 23 bıçak darbesiyle yaraladığı, maktulün kesici delici alet yaralanmasına bağlı iç organ ve büyük damar kesisi ile gelişen kanama sonucu öldüğü olayda; maktulün vücudunda çok sayıda delici kesici alet yarası bulunmakta ise de, sanık ve maktulün gece yarısı yapmış oldukları telefon görüşmelerinin saati ve tanık beyanlarına göre sabah erken vakitte sanığın bağ evinden ayrılarak otogara gittiği göz önüne alındığında, sanığın eylemini surf eziyete neden olacak şekilde uzun bir zaman dilimine yaymadığının anlaşılması, olayın aşırı derecede alkollü olan sanık ile maktul arasında geçen küfürlü konuşmalar ve maktulün sanıktan içki alması için ısrarı nedeniyle çıkan tartışmada, maktulün elindeki bıçakla sanığa doğru hamle yapması sonucu gerçekleşmiş olması, dolayısıyla sanığın önceden kendisinde mevcut olan bir his, düşünce nedeniyle değil de, sanığın maktule olan kızgınlığı nedeniyle o esnada ortaya çıkan ani bir kastla eylemini gerçekleştirmesi, sanığın çok sayıdaki bıçak darbesinden ibaret eyleminin tek başına canavarca hisle veya eziyet çektirerek kasten öldürme suçunun kanıtı sayılamayacak oluşu ve sanığın canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini gösterir nitelikte delil bulunmaması bir bütün olarak değerlendirildiğinde; sanığın eylemini, maktulden kaynaklanan ve haksız tahrik oluşturan söz ve davranışlara tepki olarak gerçekleştirdiği ve eyleminin TCK’nın 81/1. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.” YCGK, E. 2017/659, K. 2018/668, T. 20.12.2018 (Karar metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-659-k-2018-668-t-20-12-2018>) (Erişim Tarihi: 6.12.2020)

⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 154.

B. Öğretinin ve Uygulamanın Soruna Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımın Eleştirisi

Yargıtay, “canavarca hisle” öldürmeyi “sırf öldürmüş olmak için öldürmek, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek” şeklinde örneklendirmekteyken, eziyet çektirerek öldürmeyi ise “öldürme eyleminden önce öldürülecek olana karşı azap ve işkence yapmayı hedef tutan, ölümü meydana getirmek bakımından zorunlu olmayan vahşice davranışlarda bulunmak”⁸² şeklinde tanımlamaktadır⁸³. Ayrıca, Yargıtay her iki nitelikli hal bakımından “sadist bir duygu ve düşüncenin” fiile hakim olduğunu ifade etmektedir⁸⁴.

Yargıtay, sanığın evli olmasına karşın bir süre birlikte yaşadığı kişinin geçimini sağlamak için başka kimselerle cinsel ilişkiye girmemesini istemesi, ancak bunun karşı tarafça kabul edilmemesi üzerine karşı tarafın 18 bıçak darbesiyle birlikte vajinasına tuzluk sokmasını “canavarca his” olarak kabul etmiştir⁸⁵. Ancak Yargıtay burada neden canavarca hissin var oldu-

⁸² “Ölen Hamid’in sanığın karısını kaçıarak onunla cinsi münasebette bulunması olaydan bir süre önce bu kasıt altında sanığın evine girmesi yine bu maksatla teklifte bulunması karşısında sanığın bu suçu işlemesi onun işkence ve tazip kastıyla bu suçu işlediğini kabule engel teşkil etmez. Bu hal ancak sanık hakkında ağır ve haksız bir kışkırtma sayılabilir ki bu da mahkemeye gözetilmiştir. Yoksa sanığın ölenin her türlü direnmesini elindeki keser sapıyla, başına kollarına vurarak yaralar açıp kırdıktan sonra elindeki çakı ile onun bilfarz boğazını keserek bir an önce ölmesini sağlaması mümkün iken Hamid’in öldürülmesi bakımından hiç de zorunluk olmadığı halde onun kollarının kemiklerini kırmak, klotunu sıyrarak erkeklik aletini kesmek, sercine birkaç kez bıçak saplamak yollarıyla onu yavaş yavaş ölüme doğru sürüklediği ve dolayısıyla 450. maddenin 3. bendinde yazılı işkence ve tazip kasdıyla hareket ettiği yolundaki mahkemenin kabulü kanuna uygundur. Zira bu davranışlar, yalnız öldürme kasdının sonucu sayılmayıp ondan çok ileri giden bir kasdın sonucu niteliğinde bulunan vahşice davranışlar olduğu” YCGK’nın 1/17 E. 17 K. 15.4.1963 tarihli kararı için bkz. YCGK E. 1981/1-169 K. 1981/288 T. 6.7.1981 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 1.12.2020)

⁸³ Y. 1. CD. E. 2010/2749 K. 2010/7581 T. 29.11.2010; Y. 1. CD. E. 2016/748 K. 2017/1103 T. 5.4.2017 (Karar metinleri için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020)

⁸⁴ YCGK E. 1987/99 K. 1987/276 T. 11.5.1987 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 6.12.2020)

⁸⁵ Y. 1. CD. E. 2009/6525 K. 2010/3023 T. 27.4.2010 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020) Yargıtay, yine benzer şekilde bir diğer kararında, mağdurun içkinin etkisiyle sanığa “ayı” demesi, bunun üzerine sanıkla mağdurun tartıştıkları, sanığın rakı şişesini mağdura vurmaya başladığı, daha sonra “yere düşürdüğü maktülü ters çevirerek pantolonunu ve klotunu sıyrarak kabalarda 20 cm.ye kadar uzayan pek çok yaralar husule getirmesi ve anüsünü parçalayacak biçimde şişe sokması, sırf öldürmüş olmak için öldürmek ve ölenin acı çekmesinden zevk duymak

ğunu yeterince gerekçelendirmemiştir. Failin gerçekleştirdiği bıçak darbeleri öldürmenin gereği olup sayısındaki fazlalık, sanığın saikini ortaya koymak bakımından yeterli değildir⁸⁶. Ancak söz konusu durumun cezanın üst sınırdan belirlenmesi bakımından gerekçe oluşturabileceği belirtilmelidir⁸⁷. Hatta darbelerin ve yaraların sayısındaki fazlalık, suçun “eziyet çektirerek” işlendiğinin kabulünde dahi tek başına yeterli değildir. Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde kararlarının bulunduğu görülmektedir⁸⁸. Örneğin Yargıtay 2017/1103 sayılı kararında failin mağdura karşı gerçekleştirdiği 18’i öldürücü nitelikte toplamda 72 bıçak darbesini ne “canavarca hisle” ne de “eziyet çektirerek” öldürme kapsamında değerlendirmiştir⁸⁹. Yine Yargıtay

için yapılan ve zorunlu olmayan vahşi hareketler olarak kabul edilmiştir” diyerek “canavarca hisle ve eziyet çektirerek” kasten öldürme suçunun varlığını kabul etmiştir. YCGK 67/147, T. 24.4.1978 (Karar metni için bkz. **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 4097-4098) Yine anüse şişe sokarak öldürmenin “canavarca hisle” öldürmek olduğu yönündeki görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 100.

⁸⁶ Benzer yönde bkz. **Gözübüyük**, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. IV, Sevinç Matbaası, Ankara (Tarihsiz), s. 314. Çok sayıda bıçak darbesiyle öldürmenin canavarca hisle öldürme olduğu yönündeki farklı görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 100.

⁸⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 126-127.

⁸⁸ “Sanık ...’ın maktulü, 12’si öldürücü 47 bıçak darbesiyle yaralayarak öldürdüğü anlaşılan olayda; pek çok öldürücü nitelikte yara ika edilmesinin tek başına canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı, canavarca hisle öldürme, sırf öldürmüş olmak için öldürme, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürme olup, eziyet çektirerek öldürme ise ölüme meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eder vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerektiği, sırf ölüm neticesini almak için tehevürle maktulün boyun ve gövde kısmına bıçakla çok sayıda darbenin yapıldığı, somut olayda ise maktulün aldığı bıçak darbeleri sonucu hayatını kaybettiği göz önünde bulundurulduğunda sanığın canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini, kabule yeterli her türlü kuşkudan uzak yeterli kesin kanıt bulunmadığı gözetilmeyerek TCK’nin 81/1 maddesi yerine TCK’nin 82/1-b maddesiyle uygulama yapılması,” Y. 1. CD. E. 2017/3654 K. 2019/4942 T. 13.11.2019 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 7.12.2020); “Sanığın kesici ve delici aletle sekizi öldürücü olmak üzere toplam 16 adet yara oluşturacak 16 yaş içerisinde bulunan çocuk maktulü öldürdüğü olayda, sanığın öldürmek kastıyla otopside belirtilen yaraları meydana getirmesinin canavarca hisle ve eziyet çektirerek öldürme amacını güttüğünü tek başına ortaya koymayacağı gibi, bu amaçla hareket ettiğine ve ayrıca maktulün beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunduğu ilişkin dosyada kesin inandırıcı kanıtlar bulunmadığı anlaşıldığından” Yargıtay 1. CD. 2020/5110 E. 2011/906 K. 22.2.2011 T. (Karar metni için bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 2664-2665, dp. 1586)

⁸⁹ Y. 1. CD. E. 2016/748 K. 2017/1103 T. 5.4.2017 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020)

başka bir kararında failin mağduru 13 bıçak darbesinin ardından mağdurun kafasına taşla vurarak öldürmesini de ne “canavarca his” ne de “eziyet çektirerek” öldürmek olarak kabul etmiştir⁹⁰. Öldürme neticesinden öteye gitmeyen ve bu kapsamda yalnızca ölüm neticesini meydana getirmeye yönelik davranışlar ile acı çektirmek şeklinde bir amaç taşımayan davranışlar eziyet çektirmek kapsamında değerlendirilemez⁹¹. Bu nedenle failin mağ-

⁹⁰ “aralarında arkadaşlık ilişkisi bulunan sanıklar İ. ve E. ile maktul S.’in, olay tarihinde olayın meydana geldiği köprü altına giderek birlikte alkol aldıkları, burada sanıklardan E.’nin maktule, M. isimli kızla olan ilişkisini bitirmesini söylediği, maktulün bunu kabul etmediği, bunun üzerine sanık İ.’in 13 bıçak darbesi ve taşla başına vurmak suretiyle maktulü öldürdüğü, diğer sanık E.’nin ise köprü üstüne çıkarak gözcülük yapmak suretiyle yardım eden olarak suça katıldığı olayda, sadece öldürme kastına yönelik çok sayıdaki bıçak darbesi ve taşla vurmanın canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçuna kanıt sayılamayacağı, suçun bu saikle işlendiğini gösterir kesin ve inandırıcı delillerin de bulunmadığının görülmesi karşısında, suç tarihide nazara alınarak, sanık İskender hakkında 5237 Sayılı T.C.K.un 82/1-e, 31/3 maddeleri ile 765 Sayılı T.C.K.nun 448. 55/3 maddeleri arasında, sanık E. hakkında 5237 Sayılı T.C.K.nun 82/1-e, 39/1, 31/3 maddeleri ile 765 Sayılı T.C.K.nun 448, 65/3, 55/3 maddeleri arasında yapılacak karşılaştırma neticesi lehe yasanın belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi,” Y. 1. CD. E. 2011/400 K. 2011/1222 T. 3.3.2011 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 6.12.2020)

⁹¹ “maktul kardeşiyle beraber toprağa gömdükleri paranın yerinde olmaması üzerine paranın maktul tarafından alındığı zehabına kapılan sanığın maktulü tokatladığı maktulünde çakı bıçağı ile sanığı dizinden yaraladığı, yara etkisinde kalan sanık maktulü çakı bıçağıyla karın ve sırtındaki müteaddit darbelerle yaralayarak yere düşürüp eve kaçtığı anlaşılmaktadır. Kardeşinin ölüp ölmediğini anlamak cesedi ve suçu gizlemek kararıyla evden naylon bir torba alarak olay yerine gelmiştir. Yaralı kardeşinin boynunu sol kulak memesinden başlayan ve orta hatta kadar devam eden 5 santim derinlik ve 12 santim uzunlukta keserek öldürmüş cesedi torbaya koyarak gizlemiştir. Otopsi raporuna göre asıl ölüm nedeni boynundaki kesiktir. Karın ve sırttaki bıçak yaraları ölümü kolaylaştırmıştır. Bu oluşa göre sanığın öldürme gaye ve niyetinden daha öteye giden özel bir amaç ve kasıtlı yani canavarca his, işkence ve tazip gibi özel kastla hareket ettiğini kabul eden yerel mahkeme uygulamasında yasal isabet bulunmamaktadır.” YCGK, 1-110/627, 7.6.1982 T. (Karar metni için bkz. **Savaş/Mollamahmutoglu**, s. 4092-4093); “Olayımıza baktığımızda, sanıklarla öldürülen arasında kıyasıya bir kavga başlandı; çok güçlü ve kuvvetli bulunan öldürenle baş edemeyeceklerini anlayan sanıkların diğer sanıklar Tuncay Akay ve Harun Kutsal’dan ip istedikleri, sanık Haşmet Sinan’ın bu arada eline geçirdiği keserle öldürülenin başına ve yüzüne vurmaya başladığı ve getirilen ipe öldürüleni bağlayarak Çoşkun ile birlikte boğazını kesmek suretiyle öldürdükleri, anlaşılmıştır. Açıklanan şu oluşa ve otopsideki bulgulara göre sanıkların öldürme sonucunun almaktan öteye giden ve işkence tazip sayılacak; sırf öldürülene eza verme ve kendilerini bu suretle tatmin etme yönünden davranışları saptanamadığından hunharca olsa dahi bu tür icranın işkence ve tazip olarak kabulünde isabet yoktur.” YCGK E. 1987/99 K. 1987/276 T. 11.5.1987 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 6.12.2020); “Sanıkların, başka bir saikin etkisinde

duru birden çok darbeye öldürmesi bizatihi “eziyet çektirerek” öldürmenin varlığını göstermez⁹². Ancak fail “eziyet çektirerek” mağduru öldürürse, söz konusu nitelikli halin uygulama alanı bulmasından bahsetmek gereklidir⁹³. Eziyet çektirme kapsamında yer alan davranışların mağdurun ölümünden evvel gerçekleşmesi gereklidir⁹⁴. Ancak az evvel bahsi geçen ve mağdurun 18 bıçak darbesiyle birlikte vajinasına tuzluk sokulması olayında, tuzluğun sokulmasının öldürmeden önce mi yoksa sonrasında mı gerçekleştiği araştırılmamıştır⁹⁵. Bunun ölümden sonra gerçekleştirilmesi halinde zaten “canavarca his”ten bahsedilemez, öncesinde gerçekleştirilmesi halindeyse yine “canavarca his”ten değil⁹⁶, “cinsel saldırı” suçundan bahsetmek olanaklıdır⁹⁷.

kalmaksızın sırf ölüm neticesini alabilmeye yönelik olarak önce jiletle boynunu kestikleri maktulü, daha sonra ayakkabı bağıyla boğup ardından da atkı ile ağaca asmaktan ibaret eylemleri canavarca hisle öldürme suçunu oluşturmayacağına gözetilmemesi” Y. 1. CD. 6300/2131 11.4.2011 T. (Karar metni için bkz. **Gökçen/Balçı**, s. 151) Ancak Yargıtay’ın bu son kararında “eziyet çektirerek” kasten öldürme yerine “canavarca hisle” kasten öldürmeyi tartıştığı ve suçun işleniş şeklinden hareketle bu karara vardığı görülmektedir.

⁹² **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 156; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 126. “*olay günü alkol ve esrar kullanan sanığın maktulü 26 adedi öldürücü nitelikte olmak üzere toplam 29 bıçak darbesi ile öldürdüğü olayda; pek çok öldürücü nitelikte yara ika edilmesinin tek başına suçun canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı*” Y. 1. CD. E. 2010/2749 K. 2010/7581 T. 29.11.2010 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020)

⁹³ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 2664-2665.

⁹⁴ YCGK 1-17/1, T. 15.4.1963 (Karar metni için bkz. **Savaş/Mollamahmutoğlu**, s. 4100-4102)

⁹⁵ “*Eziyet çektirerek öldürme, ölümü meydana getirmek için bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eder vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının yanında işkence ve azap çektirme kastının da bulunması gerekir. Yalnız öldürme kastını gerçekleştirmek için yapılan eylemler eziyet çektirme niteliğinde değildir. Olayda sanığın maktulün baş kısmına yönelik bıçak darbeleri sonucu oluşan yaralar yanında sağ gözünü ölmeden önce bu kast ile çıkardığı sabit olmadığından 5237 Sayılı TCK.nun 81. maddesi yerine 82/1-b madde ile cezalandırılması*” Y.1. CD. 7654/9171 T. 6.12.2007 (Karar metni için bkz. **Gökçen/Balçı**, s. 156-157, dp. 63)

⁹⁶ Ancak Yargıtay, “*maktulün anüsüne sokulan sert cismin ölüm nedeni olup olmadığı ve ölüme tesir edip etmediği sorulup alınacak mütalaa sonucuna göre*” sanığın canavarca hisle kasten öldürme suçunu işlediğinin kabulünün gerektiği görüşüne sahiptir. Bkz. Y. 1. CD. E. 1983/1737 K. 1983/2171 T. 21.6.1983 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

⁹⁷ Bu yöndeki karşı oy gerekçesi için bkz. Y. 1. CD. E. 2009/6525 K. 2010/3023 T. 27.4.2010 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020)

Esasında burada Yargıtay fiilin işleniş şekline, failin saikine gitmiş olup bu belirleme sorunludur⁹⁸.

“Eziyet⁹⁹ çektirerek” öldürmeden anlaşılması gerekenin ne olduğuyla ilgili olarak eziyet suçunun kaleme alındığı TCK’nın 96. maddesine bakmakta fayda olsa da söz konusu maddede herhangi bir tanıma ya da açıklamaya yer verilmediği görülmektedir¹⁰⁰. Ancak bu hükmün gerekçesinde bir kimseye eziyet etmekten “*bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına*” neden olacak davranışların anlaşılması, ayrıca bu davranışların “*ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde*” işlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹. “Eziyet” suçunda fail, mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmek, sağlığını bozmak, aşağılamak, onurunu kırmak amacıyla davranışta bulunmaktayken, “eziyet çektirerek” öldürme suçunda fail eziyete ölüm neticesini elde etmede araç olarak başvurmaktadır¹⁰². Ayrıca “eziyet çektirerek” öldürmede failde mağdurun acı ve ızdırap çekmesine yönelik bir amaç da bulunmaktadır¹⁰³.

Öğretide “eziyet çektirerek” öldürmede, failin mağduru anında öldürme imkanı varken ve bu nedenle ölüm neticesini gerçekleştirmek için zorunlu olmayan¹⁰⁴ ancak mağdura acı ve ızdırap vermek amacıyla davranışlarını

⁹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 155-156.

⁹⁹ Eziyet, sözlükte “zulüm”, “sıkıntı veya güçlük” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Türk Dil Kurumu**, s. 844.

¹⁰⁰ **Akyürek**, s. 15.

¹⁰¹ Süreklilik arz eden eziyet, mağdurun psikolojisi ve ruh sağlığı üzerinde tahrip edici etki doğurmaktadır. Gerekçe metni için bkz. **Şahin/Özgenç**, s. 192.

¹⁰² **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 46, dp. 118.

¹⁰³ **Önder**, s. 28. “*Canavarca hisle öldürmenin, sırf öldürmüş olmak için öldürme, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürme, eziyet çektirerek öldürmenin ise ölümü meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eder vahşice hareketler olup, öldürme kastının yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerektiği, somut olayda ise sanığın işlemeyi kastettiği yağma suçu için önce maktulenin başına künt cisimle vurup bayılttıktan sonra bağırmasını önlemek için ağızına bez parçaları sokmak ve devamında çok sayıda bıçak darbesiyle maktuleyi öldürdüğü nazara alındığında, sanığın canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini kabule yeterli her türlü kuşku dan uzak kesin deliller bulunmadığı halde, sanık hakkında TCK’nin 82/1. maddesinin “h” bendi ile uygulama yapılması yeterli iken, ayrıca uygulama yeri bulunmayan aynı maddenin “b” bendinin de uygulanması,*” Y. 1. CD. E. 2019/3412 K. 2020/52 T. 14.1.2020 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.12.2020)

¹⁰⁴ “*keskin bir aletle ve zor kullanılarak oluşturulmuş 33 yara bulunduğu, yaraların hepsinin canlıyken oluşturulduğu, bu durumda tabii olmayan şiddet kullanma sonucu iç ve dış*

tekrarlaması ve ölüm neticesini yavaş yavaş belli bir süreç içerisinde gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁵. Burada fail, mağdurun acı çekmesinden zevk almak amacıyla değil, mağdura acı vermek amacıyla eziyeti gerçekleştirmektedir¹⁰⁶. Yani öldürmek için gerekenin ötesinde bir davranışın gerçekleştirilmiş olması gereklidir¹⁰⁷. Nitekim her bir kasten öldürme suçu mağduru üzerinde mahiyeti gereği acı ve ızdırap meydana getirir¹⁰⁸. Bu kapsamda failin mağduru öldürebilmek için mağdura birkaç el ateş etmesi ya da birden çok bıçak darbesi gerçekleştirmesi “eziyet çektirerek” öldürme değildir¹⁰⁹. Yine daha evvel de belirtildiği üzere faille mağdur arasında ölüm neticesinin gerçekleşmesine yönelik mücadele esnasında gerçekleştirilen davranışlar eziyet çektirme olarak kabul edilmemektedir¹¹⁰.

kanamaya bağlı olarak ölümün meydana geldiği, yaraların niteliğine bakıldığında; uzun müddet vücudun yaşamsal önemi olan kısımlarına delici ve kesici aletin ısrarla batırıldığı bu yaralara rağmen ölenin bir süre daha yaşadığı öte yandan ölmeden önce cinsel ilişkide bulunduğu... Ölenin küçük yaşta ve zayıf yapıda bir kız çocuğu olduğu, güçlü kuvvetli bulunan sanığa direnemeyecek bir durumda bulunduğu halde, sanık yaşamsal bölgelerde, vuracağı bir veya birkaç darbe ile sonucu alabilecek durumda iken; yaşamsal olan yada bu nitelikte bulunmayan değişik bölgelerine yüzeysel veya derin çok sayıda yaralar açarak ölene işkence veren zaman içinde süren vahşiyane davranış ve icrada bulunmuştur. Sanığın bu yaralama biçimi sırf ölene açığı çektiren, öldürmek için yapılan zorunlu olmayan hareketlerdir. Bu itibarla TCK.nun 450/3. maddesi koşulları da mevcut görülmesi olmakla, Yerel Mahkeme direnme hükmü yerindedir ve onanmasına karar verilmelidir.” YCGK E. 1988/1-235 K. 1988/360 T. 17.10.1988 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

¹⁰⁵ Önder, s. 28; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 3012; Gökçen/Balcı, s. 154-155; Centel/Zafer/Çakmut, s. 48. “El ve ayak parmaklarıyla tenasül organlarına cereyan vermek, ayakları demire dayalı ve havada, başları yerde, elleri arkasında olacak şekilde durdurmak, yere düşeni dövmek, başına tekme atmak, hayaları kıvırmak, penisinden tutup sağa sola çekiştirmek, su havuzuna başını sokup havasız bırakmak, içine çok miktarda tuz konulan sulu bir bulamacı coplamak ve dövmek suretiyle direnmeyi kırıp kusturuncaya kadar zorla yedirmek, bir kaptan diğer bir kaba su boşaltarak su arzusunu kamçulamak suretiyle merkezi sinir sistemi kanaması ve aşırı tuzlu bulamacının meydana getirdiği elektrolit denge bozukluğuna bağlı beyin harabiyeti sonucu ölüme sebebiyet vermek”ten (YCGK, 64/156, 4.4.1983) bahsederek Yargıtay’ın bazı davranışları “eziyet çektirerek” öldürme kapsamında örnek vererek açıkladığı yönünde bkz. Erman/Özek, s. 39-40, dp. 89.

¹⁰⁶ Artuç, s. 189.

¹⁰⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 127.

¹⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 48.

¹⁰⁹ Önder, s. 28.

¹¹⁰ Toroslu, Nevzat, s. 31.

Eziyet oluşturan davranışın burada muhakkak maddi mi¹¹¹ olması gerektiği yoksa manevi nitelikte olmasının da mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Manevi olmasının mümkün olduğu zira “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nde işkencenin “fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil” olarak tanımlandığı görülmektedir¹¹². Bu kabulde, ayrıca bedene doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak etki etmemesine karşın akıl ve ruh sağlığında önemli bir ızdıraba yol açan davranışların da işkence olarak kabul edilmesi ve de ETCK döneminde “eziyet çektirerek” öldürmenin karşılığı olarak “işkence ve tazip”te bulunmak suretiyle öldürmenin bulunması da etkili olmaktadır. Bu kapsamda her ne kadar mağdur tek darbede öldürülse de ölümünden evvel gözü önünde aile üyelerine karşı insani olarak nitelendirilemeyen davranışlarda bulunulması örnek olarak verilmektedir¹¹³. Ancak Yargıtay 1. CD. 2018/1213 sayılı kararında eziyet çektirerek öldürme bakımından “ve” bağlacı kullanmak suretiyle acının “maddi ve manevi” olmasından bahsetmiştir¹¹⁴. Al. CK’nın 211. paragrafının 2. fıkrasında “eziyet çektirerek” öldürmenin karşılığı olarak “acı çektirmek” suretiyle öldürmeden bahsedilmiş olup söz konusu hükmün kapsamında mağdurun acı içinde veya fiziksel yahut ruhsal bir ızdırıp çektirilerek öldürülmesi yer almaktadır¹¹⁵. Bu kapsamda eziyet oluşturan davranışın manevi nitelikte olması mümkündür. Zira elverişli olduğu takdirde manevi nitelikte olması halinde eziyet çektirerek öldürmenin varlığının kabul edilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

“Eziyet çektirerek” öldürmede bir diğer tartışmalı hususu davranışın tekrarlanmasının zorunlu olup olmadığı meselesi oluşturmaktadır. Bu

¹¹¹ **Dönmezer**, s. 52; **Koca/Üzülmez**, s. 101; **Özbek**, s. 226. Örneğin mağdura hakaret edilmek suretiyle öldürmenin gerçekleştirilmesinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, bu nedenle de “eziyet çektirerek” öldürmenin tanımlanabilmesi için TCK’nın 96. maddesinden yararlanmanın mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 127-128.

¹¹² Sözleşme metni için bkz. 19895 sayılı 10.8.1989 tarihli Resmî Gazete.

¹¹³ **Erman/Özek**, s. 39-41.

¹¹⁴ “Sanıkların maktule maddi ve manevi acılar çektirerek, ağırlığı ve süresi bakımından öldürme için gerekli olan ölçünün ötesinde eziyet etmesi, her an için ölüm sonucunu gerçekleştirebilme olanağı bulunan sanıkların maktule acı vermek için bu hareketleri tekrarlaması ve ölüm neticesini yavaş yavaş gerçekleştirmesi durumunun somut olayda olmamasına rağmen sanık ... hakkında TCK’nun 81. maddesi gereğince hüküm kurulması gerekirken yanılığlı değerlendirmeye TCK’nun 82/1-b maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayin edilmesi;” Y. 1. CD. E. 2018/498 K. 2018/1213 T. 15.3.2018 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

¹¹⁵ **Eser/Stenberg-Lieben**, StGB § 211 Rn. 27.

kapsamda failin mağdura uzun bir süre silah doğrultması ancak tetiği çekmemesi halinde yerinde olarak “eziyet çektirerek” öldürmenin varlığının kabulünün gerektiği belirtilmektedir¹¹⁶. Bir diğer örnekse failin mağduru oldukça küçük ve keskin olmayan bir kesici aleti karnından saplayarak kalbine doğru bu işleme herhangi bir ara vermeksizin devam etmesinden verilebilir. Ancak verilen her iki örnekte de kesintisiz bir şekilde davranış gerçekleşmektedir ve “amaçta ve zamanda birlik” bulunduğundan davranışın tekrarından da bahsedilemeyecektir.

Ölüm neticesinin muhakkak eziyet niteliğindeki davranışlardan kaynaklanması zorunlu değildir¹¹⁷. Bu kapsamda örnek olarak failin mağdurun her bir parmağını tek tek kesmesi, sonra cinsel organını kesmesi, daha sonra ise silahla kafasından vurarak öldürmesi halinde ölüm neticesi eziyet çektirme kapsamındaki davranışlardan kaynaklanmamasına karşın bu nitelikli halin uygulanması verilebilir¹¹⁸. Mağdurun acıyı hissetmesi gereklidir¹¹⁹. Yani mağdurun ölümünden evvel eziyet çektirmeye ilişkin davranışların gerçekleştirilmesi gereklidir¹²⁰. Şayet mağdur ilk darbenin etkisiyle ölmüşse, bundan sonra fail tarafından acı çektirmeye yönelik gerçekleştirilen davranışlar “eziyet çektirerek” öldürme kapsamında değerlendirilmez. Örneğin ilk davranışın ardından mağdurun ölmesi ancak bu esnadan sonra failin mağdurun öldüğünü anlamadığı ve sonucun gerçekleşmesinden emin olmak amacıyla davranışlarına devam ettiği¹²¹ ya da mağdurun öldüğünü anlamasına karşın yakalanmamak amacıyla mağdurun vücudunu parçalara ayırdığı hallerde “eziyet çektirerek” öldürme söz konusu değildir¹²². Bu durumda

¹¹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 156, dp. 118.

¹¹⁷ Gözübüyük, s. 315-316; Erem, s. 56; Toroslu, Nevzat, s. 31.

¹¹⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2665.

¹¹⁹ Selçuk, “Canavarca”, s. 472; Önder, s. 31.

¹²⁰ Eser/Stenberg-Lieben, Rn. 27; Artuk/Gökcan/Yenidünya, s. 3012; Gökcan/Balcı, s. 157-158. “Ölüm olayının canavarca bir his ve işkence ve taziple husule getirilip getirilmediğinin tespiti yönünden, kafanın boyundan bileklerin kollardan kesilmesinin şahıs canlı iken mi yoksa başka bir şekilde öldürüldükten sonra mı yapıldığının Adli Tıp tarafından” tespiti gereklidir. YCGK 1-18/80 T. 7.3.1988 (Karar metni için bkz. Önder, s. 31)

¹²¹ Bu durumda canavarca hissini varlığından da bahsedilemez. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2662. “Sanık Aydın’ın, tahrik altında yol üzerinde eşi olan maktulenin kafasına taşla vurup, bıçakla boğazını keserek öldürdüğü olayda, canavarca his sevki ile öldürmenin şartlarının oluşmadığının gözetilmemesi” Y. 1. CD. E. 2011/1643 K. 2011/5407 T. 22.9.2011 (Karar metni için bkz. Gökcan/Balcı, s. 151, dp. 51)

¹²² Erman/Özek, s. 40; Tezcan/Erdem/Önok, s. 156-157; Önder, s. 31; Özbek, s. 227; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 126. “sanığın maktul Ural’ı önce bıçaklayarak öldürdüğü, bıçak ve öldürücü yara sayısının öldürme suçunu meydana getirmeye yönelik olduğu,

diğer nitelikli hallerin varlığı söz konusu değilse TCK'nın 81. maddesinden ve şartları varsa da TCK'nın 130. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*kişinin hatırasına hakaret*” suçundan dolayı sorumluluğun varlığından bahsedilmelidir¹²³.

İşkence suçunun işlenmesi neticesinde ölümün meydana gelmesi halindeyse neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçu vardır (TCK m. 95/4). Olayda neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçunun mu yoksa kasten öldürme suçunun “eziyet çektirerek” mi işlendiği konusundaki ayırımın failin kastının öldürmeye yönelik olup olmadığının tespitiyle gerçekleştirilmesi gereklidir¹²⁴. Nitekim TCK'nın 95. maddesinin 4. fıkrasının uygulama alanı bulunduğu hallerde failde ölüm neticesine yönelik bir kast bulunmamaktadır¹²⁵. Ayrıca işkence suçu, özgü suç olup failinin kamu görevlisi olması gereklidir. “Eziyet çektirerek” öldürme suçunun failinse herkes olması mümkündür¹²⁶. Eziyet suçunun işlenmesi neticesinde mağdur ölmüşse ve failin kastı eziyet suçuna yönelikse artık neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan ve bu kapsamda TCK'nın 87. maddesinin 4. fıkrası uyarınca sorumluluk söz konusu olur¹²⁷.

eziyet çektirerek öldürme suçunun unsuru sayılamayacağı, ölümden sonra cesedi parçalamaya çalışmasının işlediği öldürme suçunun kanıtlarını ortadan kaldırmaya yönelik olduğu gözardı edilerek hakkında 5237 Sayılı TCK.nun 82/1-b maddesinin uygulanması” Y. 1. CD. E. 2011/3150 K. 2011/8175 T. 21.12.2011 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 16.12.2020)

¹²³ **Toroslu**, Nevzat, s. 31; **Erman/Özek**, s. 40-41; **Parlar**, Ali: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. I, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 956.

¹²⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 128.

¹²⁵ **Dönmezer**, s. 53; **Gerçekler**, Hasan: Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 889. Söz konusu durumda failde öldürmeye yönelik bir kast bulunmamasına karşın, failin en ağır ceza olan “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası”yla cezalandırılacağı hükümde öngörülmesinin, TCK'nın 3. maddesinin 1. fıkrası uyarınca failin işlediği “fiilin ağırlığıyla orantılı ceza”ya tabi kılınmasına aykırılık oluşturduğu yönünde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 157.

¹²⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 3013; **Gökçen/Balcı**, s. 158; **Arslantürk**, s. 395.

¹²⁷ Ancak hem işkence hem de eziyet suçunda fail mağdurun ölebileceğini öngörmüş ve buna kayıtsız kalmışsa artık olası kastla öldürmenin varlığı kabul edilmelidir. Bkz. **Sevük**, Handan Yokuş: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 76. Ancak işkence ve eziyet öldürmek amacıyla yapılmadığından kasten öldürme suçunun basit halinin söz konusu olacağı, örneğin işkence neticesinde ölüm meydana gelmişse TCK'nın 44. maddesi uyarınca sorumluluğun tespitinde TCK'nın 96. maddesinin 5. fıkrasıyla olası kastla öldürmenin dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiği belirtilmekteyse de (bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 101-102) burada yalnızca olası kastla “eziyet çektirerek” öldürmenin varlığı kabul edilmelidir.

TCK'nın 82. maddesinin (b) bendinde öngörülen iki nitelikli halin de iştirak halinde işlenmişse tüm ortaklar bakımından şartları varsa uygulama alanı bulacağı belirtilmelidir¹²⁸. Yine şahısta hata halinde de söz konusu nitelikli hallerin uygulanması söz konusudur¹²⁹. Nitekim hükümde öngörülen nitelikli haller mağdurun sıfatından kaynaklanmamaktadır¹³⁰. Sapma halindeyse amaç kişi bakımından TCK'nın 82. maddesinin (b) bendine teşebbüs, diğer kişi bakımındansa failin taksirle mi yoksa olası kastla mı hareket ettiğine göre yapılan belirleme neticesinde gerçek içtima uyarınca sorumluluk belirlenmelidir¹³¹.

Yargıtay 1. CD. 2013/5375 sayılı kararında boşanmış iki kişinin tartışması neticesinde eski eşlerden birinin diğerini yakarak öldürmesini¹³²

¹²⁸ **Erman/Özek**, s. 39; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 157. Ancak "canavarca his"sin kişiye özel psikolojik bir durumu ifade etmesi nedeniyle diğer ortaklar bakımından uygulama alanı bulamayacağı da savunulmaktadır. Bkz. **Selçuk**, "Canavarca", s. 470-471.

¹²⁹ **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 452.

¹³⁰ **Erman/Özek**, s. 39.

¹³¹ Sapma halinde gerçek içtimanın değil, fikri içtimanın uygulanması gerektiği ve bu nedenle hangi suçun cezası ağırsa ondan dolayı cezalandırmanın yapılması gerektiği yönünde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 157.

¹³² "sanık Saniye ile maktülün 1976 yılında evlendikleri, beş tane müşterek çocukları olduğu fakat maktülün sanığa karşı şiddet uygulaması ve şiddetli geçimsizlik nedeniyle 2009 yılında boşandıkları ve boşanma kararı kesinleşmesine rağmen, nişanlanan ve evlenen çocukları nedeniyle aynı evde yaşadıkları, çocuklarının bazılarının boşanmadan haberdar olmadığı, maktülün boşanma sonrası da sanığa hakaret ederek şiddet uyguladığı, olay günü; maktülün başka bir kadın ile evlenmek amacıyla nüfus cüzdanını bulamaması ve sanığın sakladığını düşüncesi nedeniyle sanık ile tartıştığı, sanığı tehdit ederek, darp ettiği, aralarındaki kavganın evin dışında bahçede de devam ettiği sırada, orada bulunan pet şişedeki benzini maktülün başından aşağıya döken sanığın, kibriti yakarak maktülü ateşe verdiği, maktülün ateşi söndürmek için sanığa sarıldığı, sanığın maktülü ittirerek uzaklaştırdığı, eve giderek yanan elini ve omzunu suya tuttuğu, bu sırada maktül kendini bahçede bulunan çeşmenin yalağına atarak ateşi söndürdüğü, ancak baş ve boyun bölgesinde ileri derecede yanıklar oluştuğu, yaralı halde yola çıkarak durdurduğu kamyon ile jandarma karakoluna gittiği, oradan hastaneye sevk edilen maktülün baş ve boyun bölgesindeki ağır yanık lezyonlarına bağlı gelişen larinks ödemi tablosu sonucu öldüğü olayda; sanığın maktülü ateşe vermesi ve yanması sırasında yaralı halde maktülü kendi haline bırakması ile ortaya çıkan kastının kullandığı yöntem itibariyle canavarca hisle öldürme suçuna yönelik olduğu anlaşıldığı halde TCK'nın 82/1-b, 29 ve 62 maddeleri uyarınca canavarca his ile adam öldürme suçundan hüküm kurulması yerine, TCK'nın 81. maddesi gereğince karar verilmesi," Y. 1. CD. E. 2013/2231 K. 2013/5375 T. 1.10.2013 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

“canavarca hisle” öldürmek olarak kabul etmiştir¹³³. Esasında burada Yargıtay’ın söz konusu kararı vermesinde failin sonraki davranışlarını dikkate aldığı görülmektedir. Nitekim mağdur, ateşi söndürmek için faile sarılmak istemiş ancak fail mağduru itmiş ve evine dönerek yanan elini ve omzunu söndürmüştür¹³⁴. YCGK da 2019/146 sayılı kararında yakarak öldürmeyi canavarca hisle öldürme şeklinde değerlendirmiştir. YCGK, bu kararında evli olan failin, duygusal bir birlikteliği bulunduğu mağdurun Facebook hesabına girmesi ve mağdurun eski bir erkek arkadaşıyla yaptığı yazışmaları fark etmesi üzerine, yakarak öldürme fiilini gerçekleştirilmesiyle faili bu fiile iten neden karşılaştırıldığında ortada aşırı ölçüde bir orantısızlığın ve ölçüsüzlüğün bulunduğu, failin bu fiilinin “toplumun ortak bilinci, duygusu ve vicdanınca hiçbir zaman onaylamayacak oluşu”nu gerekçe olarak göstermiştir. Ancak bu kararda YCGK, “maktulün üzerine benzin döküp tutuşturmak suretiyle vahşi bir yöntem” kullandığından bahsederek¹³⁵ esa-

¹³³ Yine Yargıtay’ın benzer yönde verdiği bir diğer kararı şu şekildedir: “*olay tarihinde mağdur Murat’ın eve gelmesi üzerine sanıklar Koray, Mustafa ve haklarındaki evrak tefrik edilen Yüksel ve Bora isimli şahısların daha önce evlerinden kaybolan eşyalardan dolayı sorumlu tuttukları mağduru sorguladıkları, bu nedenle aralarında tartışma çıktığı, sanık Mustafa ile Bora’nın mağduru kollarından tuttukları sırada sanık Koray ile yaşı küçük Bora’nın mağdurun elinden aldıkları tineri mağdurun boynundan ve kollarından aşağıya döktükleri, sanık Koray’ın elindeki çakmağı ateşlemesi sonucu mağdurun üzerindeki giysilerin tuttuğu, mağdurun yanmakta olan montunu çıkartıp evin içine atarak dışarı kaçtığı, metruk evin de bu esnada yandığı, mağdurun ikinci derece yanığa maruz kalıp hayati tehlike geçirmeyecek ve basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaralandığı olayda; sanıkların eylemlerinin TCK.nun 82/1-c maddesinde düzenlenen “yangın suretiyle adam öldürmeye teşebbüs suçu” niteliğinde olmadığı, eylemlerinin TCK.nun 82/1-b maddesinde düzenlenen “canavarca bir his ile adam öldürmeye teşebbüs” suçunu oluşturduğu” Y. 1. CD. 2009/3634 E. 2011/1209 K. 2.3.2011 T. (Karar metni için bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 2662). Ancak Yargıtay benzer nitelikte olan başka bir olayı ise eziyet çektirerek öldürme kapsamında değerlendirmiş olup, bu durum da birbiriyle çelişen kararlar verdiği için göstergesi olarak kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay’ın söz konusu kararı şu şekildedir: “*Kendisine terk eden katılan-mağdure Serpil’in işyerine silahla ve benzinlikten aldığı pet şişe içerisindeki benzinle gelen sanığın katılan-mağdureye silahıyla ateş etmek için doğrularak birkaç kez tetiğe basmasına rağmen silahın ateş almaması üzerine pet şişedeki benzini katılan-mağdurenin üzerine döktükten sonra çakmakla benzini yakarak katılan-mağdurenin yüz, boyun, göğüs, her iki üst ekstremitte ön ve arka ile alt ekstremitte önde 2.3 derecede yanıklara neden olarak hayati tehlike geçirecek şekilde yaralayarak öldürmeye teşebbüs ettiği olayda; sanığın eyleminde aynı zamanda eziyet çektirerek öldürmeye teşebbüs suçunun unsurlarının oluştuğu” Yargıtay 1. CD. 2010/5763 E. 2011/4129 K. 28.6.2011 T. (Karar metni için bkz. **Gökçen/Balci**, s. 149)**

¹³⁴ **Akyürek**, s. 15.

¹³⁵ YCGK E. 2017/1-905 K. 2019/146 T. 5.3.2019 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 12.12.2020)

sında yine failin saikinden değil, suçu gerçekleştirme şeklinde hareket etmiştir. Bu kapsamda öğretide canavarca hissin, mahiyeti gereği mağdura karşı vahşi bir öldürme yöntemi gerektirdiğini savunanlar da bulunmaktadır¹³⁶. Nitekim bu görüşe göre eziyet çektirme, esasında canavarca hissin dışı vurumu olarak ortaya çıkmaktadır ve bu nedenle söz konusu iki ayrı nitelikli hal iç içedir. Canavarca hissin varlığının tespitinin genelde failin dışı yansıyan davranışlarıyla tespit edilebileceği bunun da eziyet olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir¹³⁷. Yine Yargıtay 1. CD'nin 2013/5375 sayılı kararından farklı olarak YCGK bu kararında failin mağduru yakma fiilinin ardından gösterdiği pişmanlığı, yanan mağduru arabadaki paspasları da kullanarak mağdura sarılıp söndürmesini, hatta söndürürken kendisinin de ellerinin ve kollarının yanmasını, daha sonra failin mağduru hastaneye götürmesini dikkate almamıştır. Ancak bu durumun dikkate alınmamasının gerekçesi olarak olayın gerçekleştiği yerin işlek bir yer olup üçüncü kişilerin de ellerindeki suyla mağduru söndürmek istemesi ve failin yakalanma korkusu nedeniyle söz konusu pişman olma hareketlerini gerçekleştirdiği belirtilmiştir. Yine de olayın gerçekleştiği yerin işlek olmasından hareketle failin pişmanlık duymayıp sırf yakalanmama korkusu nedeniyle bu şekilde hareket ettiğinin kabulü sorunludur.

Ayrıca YCGK burada yerinde olarak failin davranışı gerçekleştirdikten sonraki diğer davranışlarının saikini etkilemeyeceğini yani kendisini suç işlemeye iten hissini değiştirmeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise failin davranışı gerçekleştirdiği ancak neticenin gerçekleşmesinden evvel yaptıklarının canavarca hissin yokluğunu belirttiğini ifade etmiştir. Bu nedenle “canavarca hisle” kasten öldürme suçu bakımından bu hissin, davranışın gerçekleştirilmesinden neticenin gerçekleşmesi anına kadar sürmesinin mi gerektiği yoksa yalnızca davranışın gerçekleştirildiği anda bulunmasının yeterli olup olmadığı tartışması ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ise suçun işlendiği zamana ilişkin tartışmalar önem taşımakta ve suçun neticeli ve neticesiz suçlar bakımından ortak olan davranışın gerçekleştirildiği anda işlendiğinin kabulü gereklidir. Nitekim failin bir suçu işleme yönündeki iradesi, davranışı gerçekleştirdiği anda söz konusu olmaktadır¹³⁸. Ancak yine de burada bizatihi yakma davranışı, fiilin işleniş şekliyle ilgi-

¹³⁶ **Bayraktar**, Köksal: “*Kasten Adam Öldürme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 72; **Koca/Üzülmez**, s. 99.

¹³⁷ **Özen**, s. 136.

¹³⁸ **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2019, s. 37-38.

lidir. Zira olayda canavarca hissin yani öldürme zevkinin varlığını gösteren başkaca bir delil bulunmamaktadır. Burada tartışılması gereken “eziyet çektirerek” öldürme olmalıdır. Nitekim mağdur olayda yanmanın etkisiyle hemen ölmemiş, hastaneye kaldırılmış ancak oldukça fazla acı çekmiş ve bu durumu da dile getirmiştir. Yakarak bir kimsenin öldürülmesi bizatihi süresi ve etkisi düşünüldüğünde “eziyet çektirerek” öldürme kapsamında kabul edilebilir¹³⁹. Ancak burada da her yakma fiiliyle öldürmede eziyet çektirerek öldürmeden bahsedilmemelidir. Nitekim failin mağdurla tartışması ve mağduru öldürmek istemesi ancak örneğin failin mağdura nazaran ufak tefek yapıya sahip olması, olayın gerçekleştiği yer itibariyle elinde ya da olayın gerçekleştiği yerde failin mağduru öldürmek için elindeki tek elverişli aracın yakarak öldürmeyi gerektirmesi halinde eziyet çektirerek öldürmenin varlığının kabulü sorunlu olacaktır.

Ceza mahkemelerince verilen her bir karar esasında normun yorumlanmasını gerektirmekte ve yargı yorumundan bahsedilmesini gerektirmektedir. Yorum olmadan uygulama mümkün olmadığından, ceza mahkemelerince verilen her bir karar normun yorumudur. Yargıtay ceza dairelerinin ve YCGK’nın kararları, bağlayıcı değildir, elbette ki gerekçesi ortaya konmak suretiyle ceza mahkemelerince aksi yönde kararların verilmesi mümkündür. Ancak YCGK kararları, genel ilkesel kararlardır¹⁴⁰. Bu nedenle çelişkili kararların verilmemesinde fayda vardır.

Esasında hem uygulamada hem öğretilerde hem de gerekçede “canavarca hisle” kasten öldürme suçu bakımından verilen klasik örneği yakarak öldürme oluşturmaktadır¹⁴¹. Ancak yakarak öldürmenin varlığı bizatihi suçun “canavarca hisle” gerçekleştirildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim burada suçun gerçekleştirilişi şekli itibariyle canavarlığın söz konusu olduğu ve bunun da “eziyet çektirerek” öldürme şeklindeki nitelikli hale vücut vermesi az önce de belirtildiği üzere mümkündür¹⁴². Hatta Yargıtay’ın burada

¹³⁹ Akyürek, s. 17-18.

¹⁴⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 104.

¹⁴¹ Akyürek, s. 9.

¹⁴² Ancak Yargıtay, ETCK döneminde dokuz yaşındaki bir çocuğun “hunharca öldürülmesi” bakımından 450. maddenin 3. fıkrası kapsamında kasten öldürme suçunun “canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile” gerçekleştirilmesiyle ilgili olarak herhangi bir değerlendirme yapmayıp bunun 29. maddenin son fıkrası uyarınca temel cezanın artırılarak belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Y. 1. CD. E. 2001/2743 K. 2001/3251 T. 18.9.2001 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

ne “canavarca hisle” ne de “eziyet çektirerek” öldürmeyi kabul ettiği kararları da bulunmaktadır¹⁴³.

Yakarak öldürme halinde ayrıca TCK’nın 82. maddesinin (c) bendinde kasten öldürme suçunun “yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle” işlenmesi şeklinde öngörülen nitelikli halin¹⁴⁴ uygulama alanı bulması dahi mümkündür¹⁴⁵. Burada örneğin yangında olduğu gibi kullanılan aracın¹⁴⁶ ve suçun işleniş şeklinin¹⁴⁷ bizatihi canavarca hissi kanıtlamak bakımından yeterli olmadığı yalnızca yardımcı olabileceği belirtilmelidir¹⁴⁸.

Canavarca hissin varlığı halinde kasten öldürmenin ne şekilde gerçekleştirildiğinin herhangi bir önemi yoktur. Aksinin kabulü suçun canavarca hisle

¹⁴³ “Maktul sanığın kapısına kocasının evde olmadığı bir zamanı hesaplayarak gece gelmiş, öteden beri tekrarladığı cinsi ilişkide bulunma isteğini bildirince onun ahlak dışı istek ve takibinden kurtulamayacağını anlayan sanık iffetini korumak için kocasının motosikletinde kullandığı tenekedeki benzinden bir miktar doldurarak evin avlusu içinde odun koymaya ayrılmış ve evden bağımsız durumdaki odunlukta kendisini bekleyen maktulün yanına gidip benzini fevren üzerine serpmiş kibritle tutuşturmuştur. Sanığın eylem ve davranışları bu aşamada kalmıştır. Sanık odunluğun kapısını kapayarak maktulü yanarak ölüme terk etmemiştir. Yanmaya başlayan bu nedenle kaçan maktulü fiilen engellemiş etraftan yetişenlerin alevleri söndürmesine mani olmamış, alevler söndürülüp maktul hastahaneye kaldırılıp tedaviye alınmış, bir buçuk gün yaşadktan sonra vefat etmiştir. Bu durumda sanığın işkence ve tazip kasdıyla hareket ettiği kabul edilemez.” YCGK E. 1981/1-169 K. 1981/288 T. 6.7.1981 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 1.12.2020) Yine benzer yönde verilen bir diğer karar için bkz. YCGK 168/288, T. 29.6.1981 (Karar metni için bkz. Selçuk, “Canavarca”, s. 479)

¹⁴⁴ Söz konusu nitelikli halin TCK’nın 82. maddesinin (a) bendinde öngörülen “tasarlayarak” ya da (b) bendinde öngörülen “canavarca hisle” veya “eziyet çektirerek” öldürme kapsamında değerlendirilmesi mümkün olduğundan gerekli olmadığı yönünde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 129.

¹⁴⁵ “canavarca hisle öldürme suçunun yasal unsurlarının da oluşmadığı, sanığın maktule yumruk vurup bayıldıktan sonra arabanın bagajına koyup ardından arabaya benzin dökerek ateşe vermek suretiyle maktulü öldürme eyleminin TCK’nun 82/1-c maddesinde düzenlenen yangın çıkarmak suretiyle öldürme suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde TCK’nun 82/a-b maddeleri uyarınca hüküm kurulması,” YCGK E. 2012/1-1289 K. 2013/84 T. 19.2.2013 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 16.12.2020) Bir kimsenin yangın çıkarılarak öldürülmesi halinde hem “canavarca hisle” hem “eziyet çektirerek” hem de “yangın çıkarmak suretiyle” öldürmenin söz konusu olduğu, ancak fail hakkında tek bir nitelikli halin uygulanması gerektiği yönündeki farklı görüş için bkz. Özen, s. 140.

¹⁴⁶ Majno Ceza Kanunu Şerhi, s. 231.

¹⁴⁷ Koca/Üzülmez, s. 101.

¹⁴⁸ Selçuk, “Canavarca”, s. 481; Tezcan/Erdem/Önok, s. 154, dp. 104.

işlenmesiyle eziyet çektirerek işlenmesinin birbirine karıştırılmasına sebebiyet verir¹⁴⁹. Nitekim Yargıtay'ın suçun işleniş şeklini de dikkate alarak somut olayda canavarca hissin varlığını kabul ettiği kararları bulunmaktadır.

Failin herhangi bir acıma hissi bulunmaksızın bir kimseyi öldürmesi halinde artık canavarca hisle öldürmenin varlığından bahsedilmesi gerektiğinden TCK'nın 82. maddesinin gerekçesinde bahsedilmiştir¹⁵⁰. Ancak bi-zatihi acıma hissi olmaksızın öldürmenin "canavarca his" olarak değerlendirilmesi sorunludur. Nitekim faille mağdur arasında uzun süredir devam eden bir husumetin varlığı nedeniyle ya da failin mağdurun çocuğuna cinsel istismarda bulunmasının ardından failin mağduru herhangi bir acıma hissi bulunmaksızın öldürmesi halinde failin canavarca hisse sahip olduğu söylene-mez¹⁵¹. Ayrıca hükmün gerekçesinde canavarca histen bahsedebilmek için öldürmenin vahşi bir şekilde gerçekleştirilmesinin de gerektiğinden bahsedilmiştir¹⁵². Bu kapsamda örnek olarak mağdurun yakılarak, uyurken kulağundan kızgın yağ dökülerek ya da vücudunun parçalara ayrılarak öldürülmesi verilmiştir¹⁵³. Bu nedenle her ne kadar "canavarca his", failin içinde bulunduğu psikolojik durumla ilgili olsa da gerekçedeki örnekler dikkate alındığında bunun fiilin gerçekleştiriliş şekliyle ilgili bir unsur olarak anlaşılması gerektiği de öğretilde savunulmaktadır. Hatta bu gerekçeyle kasten öldürme suçunun nitelikli halleri bakımından yapılan sınıflandırmada "canavarca hisle" öldürmenin fiilin işleniş şekline göre yapılan ayırım içinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu kapsamda kasten öldürmenin canavarca hissin etkisiyle "eziyet çektirerek" işlenmesinden bahsedilmektedir.¹⁵⁴ Yine benzer şekilde canavarca hissin amaç ya da saik ile ilgili nedenler kapsamında değerlendirilmediği görülmektedir¹⁵⁵. Bu kapsamda canavarca histen kasten öldürmenin acımasız, kötü ve zalim bir şekilde gerçekleştirilmesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁶. Buna karşın "canavarca hisle veya eziyet çektirerek" öldürme şeklindeki iki ayrı nitelikli halin de ETCK

¹⁴⁹ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 126.

¹⁵⁰ **Şahin/Özgenç**, s. 173.

¹⁵¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 155.

¹⁵² Acıma hissi bulunmaksızın bir kimsenin öldürülmesi halinde canavarca hissin söz konusu olduğu ve canavarca hisle birinin öldürülmesi halinde zaten bu fiilin vahşi bir yöntemle gerçekleştirilmiş olduğunun kabulünün gerektiği yönünde bkz. **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 47.

¹⁵³ Gerekçe metni için bkz. **Şahin/Özgenç**, s. 173.

¹⁵⁴ **Soyaslan**, s. 144.

¹⁵⁵ **Gökçen/Balci**, s. 129-133, 147.

¹⁵⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 3008-3009.

döneminde “ağırлатıcı sebep olarak faildeki sübjektif durum” başlığı altında incelendiği de görülmektedir¹⁵⁷. Ancak gerekçede canavarca hissin varlığından bahsedilebilmesi için kasten öldürmenin aynı zamanda vahşi bir şekilde gerçekleştirilmesinin aranması sorunludur¹⁵⁸. Nitekim fiilin vahşice gerçekleştirilmesi, fiilin işlenişine yönelik olup faili buna iten hisle ilgili değildir. Gerekçedeki bu ifade ve bu kapsamda verilen örnekler “canavarca hisle” öldürmeye değil, “eziyet çektirerek” öldürmeye uygun düşecek niteliktedir¹⁵⁹. Ancak burada gerekçenin yorum bakımından bir araç olup bağlayıcı olmadığı belirtilmedi.

Her ne kadar gerekçede mağdurun üzerinde kızgın yağın dökülmesinden bahsedilmişse de ETCK döneminde Yargıtay, kaynar yağın mağdurun üzerine dökülerek, ardından mağdurun boğularak öldürülmesini “canavarca hisle” değil “eziyet çektirerek” öldürme kapsamında değerlendirmiştir¹⁶⁰. TCK döneminde de Yargıtay’ın söz konusu durumu “canavarca his” kapsamında değerlendirmedeği görülmektedir¹⁶¹. Her ne kadar bu durumun gerekçeye uygun olmadığı ve gerekçeyle çeliştiği belirtilmekteyse¹⁶² de az

¹⁵⁷ Önder, s. 22, 26.

¹⁵⁸ Hatta gerekçede yer verilen yakarak öldürme şartları olduğu takdirde TCK’nın 82. maddesinin (c) bendinin; uyurken kulağa kızgın yağ dökülmesiyle TCK’nın 82. maddesinin (e) bendinin uygulanmasına sebebiyet verecektir. Ancak gerekçede kuramsal çerçevenin çizilmesi yerine örneklere yer verilmesi ve söz konusu örneklerin diğer bentlere de uygunluk göstermesi yerinde değildir. Bkz. **Otaç**, Öldürme, s. 489.

¹⁵⁹ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 2661; **Artuç**, s. 185.

¹⁶⁰ “maktülle ilişkiye girmek için kendi isteklerini yerine getirmesini söyleyerek, çay içmek teklifini yaptığını, maktülün elleri, ayaklarını bağladığı, bundan sonra da çaydanlıkta kaynama noktasındaki zeytinyağını başından dökerek ikinci derecede yanıklar meydana getirdikten sonra, bağurmasına aldırmadan ayakları ile göğsüne basarak öldürdüğünü ikrar etmiş, otopsi zaptındaki tesbitler de bunu doğrulamıştır. İşkence ve tazip ile öldürme; öldürme eyleminden önce öldürülecek olana karşı işkence yapmayı hedef tutan, ölümü meydana getirmek bakımından zorunlu olmayan vahşice davranışlarda bulunmaktır. Olayımızda, sanığın ellerini ve ayaklarını bağladığı maktülü boğarak öldürmesi dışında, kaynar zeytinyağını başından aşağı dökmesi özel kastını göstermektedir.” Y. 1. CD. E. 1996/3925 K. 1997/547 T. 5.3.1997 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com)

¹⁶¹ “Sanığın öldürme kastıyla eşi olan mağdurun üzerine kızgın yağ dökmesinin canavarca hisle öldürmeye teşebbüs suçunun kanıtı sayılamayacağına gözetilmemesi” Y. 1. CD. E.2007/9461 K. 2009/2437 T. 29.4.2009 (Karar metni için bkz. **Gökçen/Balç**, s. 149)

¹⁶² **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 3010, dp. 1005. Yine Yargıtay failin ölen abisinin öcünü almak amacıyla, abisinin taksirle ölümüne sebebiyet veren sanığın ailesine mensup mağdur çocuğun üzerine, çocuğu etkisiz hale getirebilmek amacıyla kaynar suyun dökülerek bayılmasının hemen ardından bıçakla boğazının kesilmesinde failin “canavarca hisle”, “kan gütmeye saikiyle” ve de “eziyet çektirerek” öldürme suçunu işlediğine karar vermiştir. Söz konusu olayda kan gütmeye saikinin ve canavarca hissin varlığının kabul

önce de ifade edildiği üzere gerekçenin bağlayıcı olmadığı bir kez daha belirtilmelidir.

TCK'nın 82. maddesinin (b) bendinde öngörülen “eziyet çektirerek” öldürmek bakımından gerekçede, kişinin anında değil, belli bir süreçte acı çektirilmek suretiyle öldürülmesinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹⁶³. Örnek olarak, mağdurun gözlerinin çıkarılarak, kulağının ya da benzeri organlarının kesilerek acı çektirilmesi¹⁶⁴ ve buna bağlı olarak da ölmesi verilmektedir¹⁶⁵. Ancak mağdurun acı çekmesi ise zorunlu değildir. Örnek olarak mağdurun hissetme yeteneğinden yoksun olması¹⁶⁶, aldığı eğitim ya da fiziksel yapısı nedeniyle dayanıklı olması, yine manevi bakımdan da her türlü eziyete katlanacak dinginliğe sahip olması halinde yine de söz konusu nitelikli hal uygulanır. Zira bu nitelikli hal, davranışın gerçekleştiriliş şekliyle ilgili olup failin objektif olarak eziyet kavramı kapsamında değerlendirilen davranışlarda bulunması yeterlidir¹⁶⁷.

edilmesi sorunludur. Nitekim hem öç alma hem de zevk için öldürmenin aynı olayda bağdaşması mümkün değildir. Ayrıca olayda “eziyet çektirerek” öldürmenin kabulü de bir diğer sorunu oluşturmaktadır. Nitekim boğazın bıçakla kesilmesi mağdur tarafından hissedilmemiştir. Bkz. Y. 1. CD.'nin 22/03/2011 tarihli ve 760/1714 sayılı kararı ve eleştirisi için bkz. **Otacı**, “Canavarca”, s. 1489-1497. Ancak öğretilerde “kan gütmeye saikiyle”, canavarca hissini aynı olayda bağdaşmasının mümkün olduğu da belirtilmektedir. Bu görüşe göre “eziyet çektirerek” öldürmenin temelinde canavarca hissini varlığı yatmaktadır ve ikisinin yan yana tek bir neden olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bkz. **Soyaslan**, s. 144.

¹⁶³ “Sanık Recep’in, önceden tanıdığı maktulü babasının çalıştırmış olduğu gazinoya götürdüğü, gazinoda bulunan küçük kulübenin içine soktuğu, burada maktulün ellerini ve ayaklarını bağladığı, ruhsatsız tabancasının kabzasıyla başına vurduğu, ağzını bez parçasıyla kapattığı, falakaya yatırdığı, defalarca darp ettiği, diğer sanıklar Ali Osman, Ümit, Ferdi ve Aziz’in de kulübeye girip maktule vurdıkları, son olarak Recep’in güneş şemsiyesinin demir sapı ile vurarak maktulü öldürdüğü... olaydan üç gün sonra bulunan ceset üzerinde yapılan adli tıp incelemesinde, ölümün zorlamalı ölüm olduğunun anlaşıldığı olayda” Yargıtay “eziyet çektirerek öldürme” suçunun varlığını kabul etmiştir. Yargıtay 1. CD. E. 2008/868 K. 2009/8046 T. 23.12.2009 (Karar metni için bkz. **Gökçen/Balci**, s. 154, dp. 58)

¹⁶⁴ “Savunmasındaki sıralama doğrultusunda, sanığın, maktulü önce kurşunladığı, bilahare henüz hayatta iken penisini kestiği, ardından da çevreden temin ettiği demir telle yine muhitten edindiği ağır taşı maktüle bağlayarak onu bu bedeni acı ortamında suya attığı gözetilerek “işkençe ve tazip” özel amacıyla hareket ettiğinin kabulü sonucu TYC.nın 450/3, 51/2, 59.maddelerince cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde 448, 51/2, 59.maddelerince hüküm tesisi” Y. 1. CD. E. 2001/2007 K. 2001/3444 T. 1.10.2001 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 16.12.2020)

¹⁶⁵ Gerekçe metni için bkz. **Şahin/Özgenç**, s. 173.

¹⁶⁶ **Eser/Stenberg-Lieben**, “StGB § 211 Mord”, Rn. 27.

¹⁶⁷ **Erman/Özek**, s. 41.

Canavarca hissin varlığın konusundaki şüphe halinde söz konusu nitelikli halin uygulanmasından bahsedilemez¹⁶⁸. Aynı durum “eziyet çektirerek” öldürme bakımından da geçerlidir. Bu nedenle örneğin şayet eziyet oluşturan davranışların gerçekleştirildiği esnada mağdurun hayatta olduğu tespit edilemiyorsa artık “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince nitelikli halin uygulanmasından bahsedilemez¹⁶⁹. Ayrıca hem “canavarca hisle” hem de “eziyet çektirerek” öldürme TCK’nın 82. maddesinin (b) bendinde ağır-laştırıcı neden olarak öngörülmüş olup, ceza sorumluluğunu artıran bir nedendir. TCK’nın 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca “suç ve ceza içeren hükümler” bakımından geniş yorum mümkün değildir. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerine en ağır müdahaleyi içeren ve de ceza sorumluluğuna yol açan hükümlerin dar yorumlanması gereklidir.

III. KASTEN YARALAMA SUÇUNUN “CANAVARCA HİSLE” İŞLENMESİ

TCK’nın 82. maddesinin (b) bendinin uygulanmasıyla ilgili olarak “canavarca his”ten anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunda tereddütler bulunmaktayken, 7242 sayılı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 31100 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak 15.4.2020 tarihinde yürürlüğe

¹⁶⁸ “sanığın canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini kabule yeterli her türlü kuşkudan uzak yeterli kesin kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, sanığın TCK’nın 81. maddesi gereğince cezalandırılması yerine suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde TCK’nın 82/1-b maddesi gereğince hüküm kurularak fazla ceza tayini,” Y. 1. CD. E. 2016/748 K. 2017/1103 T. 5.4.2017; “Sanığın önce bıyık kesme makası ile maktulenin yüzüne ve kafasına doğru hızlı bir şekilde ve arka arkaya çok sayıda vurduğu, makasın kırılması üzerine, bu kez cebindeki bıçağı çıkartarak, ağzını, yüzünü, gözünü, boynunu, kafasını ve vücudunu bıçaklamaya devam ettiği, maktulenin vücudunda 35’i toplu bölgede, ancak küçükü büyükü toplam 94 yerde kesici delici alet yarananmasının tespit edildiği ve iç organ ve boyun büyük damar yaranmasına bağlı olarak öldüğü iddia ve kabul edilmesine göre; Canavarca hisle öldürme, sırf öldürmüş olmak için öldürme, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürme olup, eziyet çektirerek öldürme ise ölümü meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eder vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerektiği, somut olayda ise ölüm neticesini almak için mağdura çok sayıda bıyık kesme makası ve bıçak darbesi vuran sanığın, canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini, kabule yeterli her türlü kuşkudan uzak yeterli kesin kanıt bulunmadığı gözetilmeksizin kasten öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, suç vasfında hata yapılması sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması” Y. 1. CD. E. 2016/1273 K. 2017/3353 T. 18.10.2017 (Karar metinleri için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020)

¹⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 157.

girmesiyle birlikte söz konusu Kanun'un 11. maddesiyle TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasına (f) bendi eklenerek, kasten yaralama suçunun "canavarca hisle" işlenmesi, kasten yaralama suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Ayrıca bu değişiklikle TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasının (a) ile (e) bentlerinden farklı olarak suçun "canavarca hisle" işlenmesi halinde hükmün 1. veya 2. fıkrasına göre belirlenecek temel cezanın "yarı oranında" değil "bir kat" arttırılacağı belirtilmiştir. Hükmün gerekçesine bakıldığında işlenen suçla etkin bir şekilde mücadele edebilmek ve caydırıcılığı sağlayabilmek adına söz konusu nitelikli halin öngörüldüğü ifade edilmiştir. Ayrıca gerekçe de bu nitelikli hal bakımından örnek olarak mağdurun yüzüne kezzap atılması verilmiştir¹⁷⁰.

7242 sayılı Kanunla gerçekleştirilen söz konusu değişikliğin yapılmasında basına da yansıyan ve kamuoyunu da etkileyen Berfin Özek olayı etkili olmuştur¹⁷¹. Bu kapsamda panik mevzuat örneği olarak ortaya çıkmaktadır¹⁷². Nitekim bu olayda Berfin Özek'in yüzüne eski erkek arkadaşı tarafından kezzap atılmış ve bu durum Berfin Özek'in bir gözünün kaybına ve yüzünün büyük bir bölümünün yanmasına neden olmuştur. Söz konusu nitelikli halin ihdasına gerçekten gerek olup olmadığı da başka bir sorunu oluşturmaktadır. Nitekim böyle bir durumda zaten TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesi bakımından alt sınırdan uzaklaşmak

¹⁷⁰ Söz konusu bendin yine TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasındaki diğer bentlerle birlikte işlenmesi halindeyse (f) bendinden ötürü sadece temel cezada bir kat artırım yapılacağı şu şekilde belirtilmiştir: "*fıkrada yer alan diğer bentlerin yeni eklenen (f) bendiyle birlikte uygulandığı durumlarda da sadece bir kat artırım yapılacaktır. Örneğin, silahlı sayılan kezzabın yüze atılması suretiyle kasten yaralama suçunun işlenmesi halinde 86 ncı maddenin üçüncü fıkrasının hem (e) bendinin hem de Teklifte eklenen (f) bendinin birlikte uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durumda, temel ceza, daha fazla artırım öngören (f) bendi uyarınca sadece bir kat artırılabacaktır. Silah sebebiyle (e) bendi uyarınca ayrıca yarı oranında artırım yapılmayacaktır.*" Gerekçe metni için bkz. **Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Denizli Milletvekili Cahit Özkan, Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül ve Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya ile 57 Milletvekilinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2762) ve Adalet Komisyonu Raporu**, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 3, s. 16.

¹⁷¹ "*İnfaz düzenlemesinde Berfin Özek sürprizi... Muhalefet partileriyle paylaşılan taslak teklife göre, kasten yaralama suçunun "canavarca hisle" işlenmesi durumunda faillere verilecek cezanın üst sınırı artırılıyor. Bu kişilere 18 yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülüyor*" (Söz konusu haber metni için bkz. <https://www.haberturk.com/sondakika-haberler-infaz-teklifinde-berfin-surprizi-cezanin-ust-siniri-18-yila-cikariliyor-2623256>) (Erişim Tarihi: 17.12.2020)

¹⁷² **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 217.

suretiyle hükmün tesisi mümkündür. Aksinin kabulü kamuoyunu rahatsız eden her bir özel durumun nitelikli hal olarak kanuna yansımaya ve bunun sonunun gelmemesine sebebiyet verecektir¹⁷³. Ayrıca her ne kadar söz konusu değişiklik yapılmışsa da zaten TCK'nın 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Berfin Özek'in yüzüne kezzap atan fail hakkında bu aleyhe değişikliğin uygulanması mümkün değildir.

Öğretide gerçekleştirilen bu değişikliğin yerine TCK'nın 86. maddesinin 1. fıkrasında cezanın üst sınırı olarak altı yılın öngörülmesi önerilmektedir. Bu görüşe göre, "kezzap" zaten TCK'nın 6. maddesi uyarınca silah sayılacağından cezanın yarı oranında arttırılarak dokuz yıla, sabit iz olması nedeniyle bir kat arttırılmak suretiyle failin zaten on sekiz yıla kadar cezalandırılabilceği belirtilmektedir¹⁷⁴.

7242 sayılı Kanun'un gerekçesinde de "canavarca his"ten anlaşılması gerekene ilişkin verilen örneğin sorunlu olduğu belirtilmelidir. Nitekim verilen örnek failin hissinden ziyade suçun işlenişinde kullanılan araçlara¹⁷⁵ ve suçun işleniş şekline ilişkindir. Bu nedenle daha doğru ifadeyle "canavarca his" ifadesi yerine "eziyet çektirerek" işlenmesinin aranması daha yerinde olabilirdi.

IV. KASTEN ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇUNUN "CANAVARCA HİSLE" İŞLENMESİ HALİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HUSUSLAR

Öğretide haksız tahrikle canavarca hissin bir arada bulunup bulunamayacağı hususunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Bu kapsamda görüşlerden ilkinde göre, haksız tahrikin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı durumunda, örneğin mağdurun kasten öldürülmesi halinde, "canavarca his" şeklindeki nitelikli hal uygulama alanı bulamaz¹⁷⁶. Bu görüş, canavarca hissin nedensiz yere öldürme ya da yaralama olarak tanımının yapılması halinde makul gözükmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları

¹⁷³ Alan Akcan, Esra: "7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi", Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu: Bildiri Tam Metin Kitabı 29 - 30 Mayıs 2020, s. 644.

¹⁷⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 217.

¹⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 217.

¹⁷⁶ Özbek, s. 226; Parlar, s. 956. Nitekim bu görüşe göre "canavarca his" esasında saiktir. Nasıl ki kan gütmeye ya da töre saikiyle işlenen kasten öldürme suçlarıyla haksız tahrik bağdaşmıyorsa burada da bağdaşmamalıdır. Ancak yargı kararlarında söz konusu durumun açıkça ortaya konmaması eleştirilmektedir. Bkz. Otacı, Öldürme, s. 132-133, 490.

mevcuttur¹⁷⁷. Ancak engel bir durumun olmadığı, ikisinin aynı anda bulunabileceği de öğretilerde savunulmaktadır¹⁷⁸. Yargıtay'ın yeni uygulamalarına bakıldığında bu şekilde karar verdiği görülmektedir¹⁷⁹.

¹⁷⁷ “Sanığın, öleden kaynaklanan haksız hareketin verdiği kızgınlık sonucu, aniden meydana gelen, eşini bıçaklayarak, sonra boğazını keserek öldürdüğü olayda, suçun canavarca his ile veya eziyet çektilerle işlenmesi halinin varlığını gösteren kesin ve yeterli kanıt bulunmadığı” Yargıtay 6. CD. 3008/336, 24.4.2008 T. (Karar metni için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 154, dp. 105); “Pek çok öldürücü vasıfta yara ika edilmesinin, başlı başına suçun canavarca his sevkiyle işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı gibi haksız tahrik altında suç işlenmesinde de canavarca his sevkinden söz edilemeyeceği, öldürdükten sonra sırf cesetten ve cezadan kurtulmak amacıyla cesedi parçalama girişimlerinin de suçun vasfını değiştirecek mahiyette bir vakia olmadığı cihetle, yara çokluğu ve suç kasıtlarındaki yoğunluk teşdid sebebi yapılarak sanıkların adam öldürme suçundan TCK.nun 64/l. maddesi delaletiyle 448, 51/1, 55/3 ve 59. maddeleri ile tecziyeleri gerekirken yazılı şekilde suç vasfının belirlenmesinde yanlıya düşülmesi” Y. 1. CD. E. 2003/1911 K. 2003/2232 T. 7.10.2003; “küçük yaştaki sanığın olay gecesi zorla ırzına geçen maktül bu olayın doğurduğu şiddetle gazap ve üzüntünün etkisiyle penisini kesip, ardi ardına yaptığı bıçak darbeleriyle öldürdüğüünün açıklıkla anlaşılması karşısında, TCK.nun 448, 51/2, 55/3, 59. maddelerin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması” Y. 1. CD. E. 1994/2431 K. 1994/2977 T. 27.9.1994 (Karar metinleri için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 1.12.2020) Yargıtay'ın bu son kararında failin haksız tahrik altında kasten öldürme suçunu işlemesi nedeniyle canavarca histen bahsedilememektedir. Ancak, burada “eziyet çektilerle” öldürmenin varlığından bahsetmek mümkündür. Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 154, dp. 105. Nitekim kasten öldürme suçunun gerçekleşmesi bakımından gerekenin ötesinde bir davranışın gerçekleştiği görülmektedir.

¹⁷⁸ **Selçuk**, “Canavarca”, s. 478; **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.144; **Gökçen/Balci**, s. 152; **Özen**, s. 137.

¹⁷⁹ “birahane de çalışan ve para karşılığı erkeklerle ilişkiye giren maktule ile bir süre birlikte yaşayan, ancak daha sonra onun birahane de çalışmasına ve başkalarıyla birlikte olmasına rıza göstermeyen evli ve iki çocuk sahibi sanığın, olay günü saat 02.00 sıralarında evine gittiği maktulenin kapıyı açmaması üzerine ona küfrederek aşağıya inip bir süre beklediği ve daha sonra maktulenin onu içeri alması üzerine aralarında çıkan tartışma sonrası onu canavarca hisle öldürdüğü olayda; Maktulenin yaşam tarzının sanık yönünden tahrik oluşturmayacağı, olay öncesinde veya sırasında maktuleden kaynaklanan sanık lehine tahrik oluşturacak herhangi bir haksız söz veya eylem bulunmadığı gibi olaydan önce sanığın maktuleye küfredmesiyle ilk haksız hareketin kendisinden kaynaklandığı anlaşıldığı halde, oluşturma ve dosya kapsamına uygun olmayacak gerekçeyle ve sanığın daha az ceza almaya yönelik soyut nitelikteki savunmasına itibarla tahrik hükmü uygulanarak eksik ceza tayini,” Y. 1. CD. E. 2009/6525 K. 2010/3023 T. 27.4.2010 (Karar metni için bkz. www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 5.12.2020) Dikkat edileceği üzere Yargıtay burada canavarca hissini varlığını kabul etmiş ancak haksız tahrikle canavarca hissini aynı olayda birbirleriyle bağdaştırmayacağı gerekçesiyle değil, haksız tahrikin koşulları oluşmadığından cezada indirim yapılmasını

Canavarca hisle haksız tahrikin bir arada bulunup bulunamayacağı, canavarca histen anlaşılması gerekene göre değişecektir. Örneğin daha evvel de bahsedildiği üzere faili suça iten nedenle, öldürme ya da yaralama fiili arasında açık bir orantısızlığın bulunduğu haller canavarca his olarak kabul edilirse haksız tahrikle canavarca hissin bir arada bulunabileceğinin kabulü gerekir. Örneğin kasten öldürme suçu bakımından, (A)'nın (B)'ye "gerizekalı" diyerek hakaret etmesi, (B)'ninse bunun üzerine (A)'yı öldürmesi halinde esasında (B)'nin, (A)'yı öldürmek bakımından sahip olduğu nedenle, ölüm neticesi arasında orantısızlık vardır. Ancak canavarca histen yerinde olarak kasten öldürme suçu bakımından Al. CK'nın 211. paragrafının 2. fıkrasında geçen "öldürme zevki" yani failin sırf öldürmek için, öldürme zevkiyle, can sıkıntısı nedeniyle ya da sırf heyecan yaşamak üzere birini öldürmesi; yine kasten yaralama suçuyla ilgili olarak da "yaralama zevki" yani failin sırf yaralamak için, yaralama zevkiyle, can sıkıntısı nedeniyle ya da heyecan yaşamak üzere birini yaralaması anlaşılacak olursa haksız tahrikle canavarca hissin bağdaşmayacağıının kabulü gereklidir.

Kısmi akıl hastalığıyla canavarca hissin bir arada bulunmasıysa mümkündür¹⁸⁰. Canavarca hisle örneğin kasten öldürme suçunu işleyen failin ahlaki kötülüğünün aşırı derecede olması, otomatikman onun akıl hastalığına sahip olduğu anlamına gelmez. Ancak mehaz kanunda canavarca histen evvel "yalnızca" ifadesine yer verildiğinden kısmi akıl hastalığıyla canavarca hissin yan yana gelmeyeceği zira burada artık kasten öldürmenin "yalnızca canavarca histen" kaynaklanmadığı kabul edilmektedir¹⁸¹.

Esasında canavarca hisle bir kimsenin öldürülmesi ya da yaralanması halinde, akla ilk olarak failin böyle bir saikle hareket etmesi halinde akıl hastası olup olmadığı gelmektedir. Ancak can sıkıntısı nedeniyle ya da sırf heyecan yaşamak üzere örneğin birinin öldürülmesinde, failin otomatikman patolojik olduğu söylenemez. Bu kapsamda TCK'nın 32. maddesi uyarınca akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa da bunun kısmi mi yoksa tam mı olduğunun araştırılması gereklidir¹⁸². Buna karşın öğretide aksi de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, kısmi akıl hastalığının canavarca hisse

bozma nedeni yapmıştır. Ancak olayda canavarca hissin bulunmadığını belirtmekte fayda vardır.

¹⁸⁰ **Şensoy**, Naci: "Cezai Mes'uliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 16, S. 1-2, Ocak 1950, s. 149-150; **Gökçen/Balcı**, s. 153.

¹⁸¹ **Erem**, s. 56.

¹⁸² **Schneider**, StGB § 211, Rn. 52; **Eschelbach**, Ralf: BeckOK StGB, 48. Ed., München 2020, StGB § 21, Rn. 16.

neden olması mümkün olup, kısmi akıl hastalığının doğurduğu canavarca his nedeniyle ceza artırılırken, kısmi akıl hastalığının doğurduğu his nedeniyle cezanın azaltılması çelişkidir¹⁸³. Ayrıca çoğu akıl hastalığının temelinde canavarca his gibi hislerin olduğu, bu nedenle de bu iki durumun bir arada bulanamayacağı belirtilmektedir¹⁸⁴. Ancak söz konusu görüş kabul edildiği takdirde isnat yeteneğini azaltan nedenlerin doğurduğu his nedeniyle hiçbir şekilde suçun nitelikli hallerinin uygulama alanı bulmasından bahsedilemez. Ayrıca mevzuatta açıkça buna ilişkin bir engel olmadığından kısmi akıl hastalığıyla canavarca hissin bir arada uygulanması mümkündür.

Ayrıca “canavarca hissin” tam sarhoşluk halinde söz konusu olamamasına karşın kısmi sarhoşluk halinde söz konusu olabileceği, zira tam sarhoşluk halinde failin aklının alkol nedeniyle tamamen durduğu, failin davranışlarının iradi ve bilinçli olmadığı, kısmi sarhoşluktaysa failin davranışlarının iradi ve bilinçli olmadığından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Yine yaş küçüklüğüyle de bu nitelikli halin bağdaşmayacağı ifade edilmektedir¹⁸⁵. Ancak sarhoşluk bakımından burada sarhoşluğun iradi olup olmadığına göre TCK’nın 34. maddesi uyarınca değerlendirme yapılması gerektiğinden örneğin iradi olarak alkol alınmışsa, tam ya da kısmi sarhoşluk şeklinde bir ayrıma gidilmeksizin şartları varsa failin ceza sorumluluğunun kabulü gerekmektedir. Yine yaş küçüklüğü bakımından da bağdaşmama durumundan bahsedilemez. Zira yaşı küçük olan bir kimsenin de bir suçu işlemesi ve bu kapsamda fail olması mümkün olup, kanun koyucunun tercihine göre (TCK m. 31) yaşı küçük olanın cezalandırılmaması ya da cezasında indirim yapılması mümkündür.

SONUÇ

Kasten öldürme suçu bakımından TCK’nın 82. maddesinin (b) bendinde ve de kasten yaralama suçu bakımından 86. maddesinin 3. fıkrasının (f) bendinde yer verilen “canavarca his” ifadesi sorunludur. Zira bu ifade muğlaktır. Elbette ki bu ifadeden bahsedildiğinde ister istemez her bir bireyin aklında belli bir çağrışım oluşmaktaysa da oluşan bu çağrışımın herkes bakımından ortak olduğunu söylemek iddialı olur. Esasında, özü itibarıyla bir kimsenin öldürülmesinin dahi canavarlık olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu kapsamda “canavarca his”ten neyin anlaşılması gerektiğinin belli

¹⁸³ Önder, s. 27; Toroslu, Nevzat, s. 31.

¹⁸⁴ Bayındır, Sinan: Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 66.

¹⁸⁵ Selçuk, “Canavarca”, s. 470.

olmadığı ve bunun sorunlara yol açtığı ifade edilmelidir. Nitekim bu kavramdan “yırtıcı bir hayvan” anlaşılıyor ve bu kapsamda mecaz yapılıyor olsa dahi söz konusu durum “eziyet çektirerek” öldürmeyi de akla getirmektedir. Yine bu ifadeden mecaz olarak “yırtıcı bir hayvan”ın anlaşılması da bizatihi sorunludur. Nitekim söz konusu durumda, yırtıcı hayvan hayatta kalabilmek ve karnını doyurabilmek adına başka bir canlıyı öldürmektedir.

Bu ifade yerine fiilin “*yalnızca yabanıl (hayvanca) kötü yüreklilik itkisi (içtepisi) ile*” işlenmesi şeklindeki ifadenin kullanılması önerilmekteyse de gerek kasten öldürme gerekse de kasten yaralama suçunun işlenmesinde “kötü yürekliliğin” bulunmadığını söylemek güçtür. Nitekim her iki suç da insan hayatını ve vücut dokunulmazlığını üstün tutan günümüz anlayışında “normal” bir davranış olarak kabul edilemez.

Yargıtay’ın canavarca hissi yorumladığı kararlara bakıldığında çelişiklere rastlanmaktadır. Yine öğretilerde de üzerinde uzlaşımın sağlandığı bir tanıma gidilemediği görülmektedir. Bu durumun temelinde kasten öldürme suçuyla ilgili olarak hem “canavarca hisle” hem de “eziyet çektirerek” öldürmeye aynı bent altında yer verilmesi yatmaktadır. “Eziyet çektirerek” öldürmede, öldürmenin işleniş şekli itibarıyla canavarca gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür ki belki de bu durum dahi söz konusu iki nitelikli halin birbirine karıştırılmasına sebebiyet vermektedir. Örneğin hem Yargıtayca hem de öğretice yapılan “sırf öldürmek için öldürmek” şeklindeki tanım dahi sorunludur. Nitekim her bir ölüm neticesini kasteden davranış mahiyeti itibarıyla “öldürmek için öldürmeyi” de kapsamına almaktadır. Yine “nedensiz yere öldürme”nin anlaşılması da sorunludur. Bu kapsamda silahını denemek için öldürmek örneği verilmekteyse de burada da silahın denenmesi gibi bir neden bulunmaktadır. Yine “sırf öldürmek için öldürmek” de esasında öldürmenin nedenidir.

Canavarca histen, faili öldürmeye iten saikin normal şekilde izahının güç olmasının anlaşılması gerektiği de öğretilerde savunulmaktadır. Ancak burada da söz konusu tanım sorunludur. Bir kimsenin diğer bir kimseyi öldürmesi hukuka uygunluk nedenlerinden örneğin meşru savunmanın bulunması halinde izahı mümkündür ki söz konusu durumda zaten suç yoktur. Yine bir kimsenin diğerine küfretmesi nedeniyle öldürülmesi halinde haksız tahrikin koşullarının varlığına karşın sırf küfrettiği için birinin öldürülmesinin normal bir şekilde izahı güçtür. Esasında her bir öldürme fiili bakımından nedeni ne olursa olsun söz konusu yorumun yapılması mümkündür.

Kasten öldürme suçunun söz konusu nitelikli halinden anlaşılması gereken bu kadar tartışmalıyken, bir de aynı nitelikli halin kasten yaralama

suçu bakımından öngörülmesi bir diğer sorunu oluşturmaktadır. “Canavarca his” kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu belli değilken, bir de bunun için kasten öldürme suçuyla ilgili olarak mevzuatta yer verilen ve en ağır ceza olan “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası”nın verilmesi; yine kasten yaralama suçu bakımından da cezada ağırlaştırılmaya gidilmesi problemlidir.

Çalışmada da değinildiği üzere “canavarca his” bakımından uygulamada birbirine benzeyen olaylarla ilgili olarak farklı kararların verildiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay’ın kararlarına bakıldığında failin gerçekleştirdiği fiilden hareketle canavarca hissini varlığının bulunup bulunmadığını araştırmak gibi bir yanılığa düştüğü görülmektedir. Elbette ki TCK’nın 82. maddesinin (b) bendinde öngörülen iki ağırlaştırıcı nedenin bir olayda aynı anda bulunması mümkündür. Ancak fiilin eziyet çektirerek gerçekleştiriliyor olması, failin otomatikman canavarca hisle hareket ettiği şeklinde bir ön kabule sebebiyet vermemelidir. Söz konusu ön kabulün temelinde TCK’nın 82. maddesinin (b) bendine ilişkin gerekçe de yatmaktadır. Hatta öğretide de gerekçedeki yorumun esas alınarak söz konusu bentten canavarca hissini etkisiyle işlenen “eziyet çektirerek” öldürmeden bahsedilenlerin bulunduğu ve bu nitelikli halin bir bütün olarak değerlendirilerek suçun işleniş şekli kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunanlar bulunmaktadır. İki ayrı nitelikli hale aynı bentte yer verilmesinin bir diğer nedeni olarak yine iki ayrı nitelikli hale ETCK’nın 450. maddesinin (3). bendinde birlikte yer verilmesinin de etkili olduğu belirtilmelidir. Ancak kasten öldürme suçuyla ilgili olarak örneğin bu suçun “tasarlayarak” işlenmesi nasıl ki TCK’nın 82. maddesinin (a) bendinde bağımsız ve tek başına ayrı bir nitelikli hal olarak öngörülmüşse benzer düzenlemenin (b) bendinde öngörülen söz konusu nitelikli haller için de gerçekleştirilmesinde fayda vardır.

Kasten yaralama suçuna ilişkin olarak 7242 sayılı Kanun’un gerekçesinde “canavarca his”ten anlaşılması gerekene ilişkin verilen örneğin de sorunlu olduğu belirtilmelidir. Kasten öldürme suçunun nitelikli halini oluşturan “canavarca his”ten anlaşılması gerekenin belirlenmesi konusunda sorunlar varken, bir de bu belirsizliğin kasten yaralama suçuna işlenmesi yerinde değildir. Nitekim verilen örnek failin hissinden ziyade suçun işleniş şekline ilişkindir. Bu nedenle daha doğru ifadeyle “canavarca his” ifadesi yerine “eziyet çektirerek” ifadesinin kullanılması daha yerinde olabilirdi.

“Canavarca his” şeklinde ifade edilen nitelikli halin yürürlükten kaldırılmasında ve bunun yerine farklı bir ifadenin kullanılmasında fayda vardır. Bu kapsamda kasten öldürme suçu bakımından Al. CK’nın 211. paragrafının 2. fıkrasında kullanılan “öldürme zevkiyle”; kasten yaralama suçu bakımın-

dansa söz konusu nitelikli halin varlığı konusunda ısrarcı olunacaksa “yaralama zevkiyle” ifadesinin kullanılması önerilebilir. Bu kapsamda failde başkalarının yaşamını ve vücut dokunulmazlığını aşağı görme ve hiçe sayma şeklindeki duygunun varlığı aranmalıdır. Ayrıca failin bu fiilleri gerçekleştirmesi bakımından mağdurun faile herhangi bir neden vermemiş olması gerekmektedir. Ceren Özdemir cinayetinde olduğu üzere tesadüf eseri failin önüne çıkan bir kimseyi öldürmeye ilişkin saf kötülüğü, tümüyle keyfiyet gereği ya da öldürmeden haz alması, adeta amiyane tabiriyle “spor olarak mağdur avına çıkması” bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yine kasten yaralama suçuyla ilgili olarak da failin sırf yaralamak için, yaralama zevkiyle, can sıkıntısı nedeniyle ya da heyecan yaşamak üzere birini yaralaması bu kapsamda kabul edilmelidir. Nitekim fail için hedef alınan mağdurun herhangi bir neden olmaksızın başka bir kimseyle değiştirilmesi mümkündür. Bir diğer çözüm önerisiyse “canavarca his” ifadesinin kullanılmasında ısrarcı olunmak isteniyorsa bunun TCK’nın 6. maddesinde tanımlanması olabilir. Nitekim “canavarca his”, hem kasten öldürme suçu hem de kasten yaralama suçu bakımından ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüş olup, ceza sorumluluğunu artıran bir nedendir. Böylece olayda “canavarca hissin” bulunup bulunmadığı hususunun netliğe kavuşması mümkün hale gelecek ve uygulamada birbiriyle çelişen kararların verilmesine de engel olunabilecektir.

KAYNAKÇA

- Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekili Denizli Milletvekili Cahit Özkan, Milliyetçi Hareket Partisi Grup Başkanvekili Sakarya Milletvekili Muhammed Levent Bülbül ve Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya ile 57 Milletvekilinin Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2762) ve Adalet Komisyonu Raporu**, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 3.
- Akyürek, Güçlü:** “*YCGK Kararı Işığında Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 82/1-b)*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 185-186, Ocak-Şubat 2020, s. 9-19.
- Alan Akcan, Esra:** “*7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi*”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu : Bildiri Tam Metin Kitabı 29 - 30 Mayıs 2020, s. 635-687.
- Arslantürk, Mustafa:** Öldürme Suçları Açıklamalı – Örnekli – Notlu – İçtihatlı – Gereçeli, 2. Bası., Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Artuç, Mustafa:** Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner:** Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, 2. Bs, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Bayındır, Sinan:** Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Bayraktar, Köksal:** “*Kasten Adam Öldürme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 57-77.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem:** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 3. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2016.
- Demirbaş, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Devellioğlu, Ferit:** Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lugat, 31. Bası, Aydın Kitabevi, Ankara 2015.

- Dönmezer**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2001.
- Erem**, Faruk: “*Adam Öldürme*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 1953, s. 33-91.
- Erman**, Sahir/**Özek**, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1994.
- Eschelbach**, Ralf: BeckOK StGB, 48. Ed., München 2020.
- Eser**, Albin/**Stenberg-Lieben**, Detlev: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., Verlag C.H. Beck oHG, München 2019.
- Gerçeker**, Hasan: Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Gökçen**, Ahmet/**Balcı**, Murat: Kasten Öldürme Kasten Yaralama Organ ve Doku Ticareti Suçları, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Gözübüyük**, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. IV, Sevinç Matbaası, Ankara (Tarihsiz).
- Hafizoğulları**, Zeki/**Ketizmen**, Muammer: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, Y. 66, S. 1, 2008, s. 143-154.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2019. (Genel)
- Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2017. (Özel)
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Kühl**, Kristian: Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., Verlag C.H. Beck oHG, München 2018.
- Majno Ceza Kanunu Şerhi**, C. 3, Yargıtay Yayınları No: 8, Ankara 1980.
- Neumann**, Ulfrid/**Saliger**, Frank: Nomoskommentar Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Nomos.
- Olgun**, Eser: “*Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 1631-1666.
- Otacı**, Cengiz: “*Karar İncelemesi Kan Gütme Saiğiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1489-1498. (“Canavarca”)

- Otacı**, Cengiz: Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009. (Öldürme)
- Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- Özbek**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Özen**, Mustafa: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Parlar**, Ali: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. I, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- Savaş**, Vural/**Mollamahmutoglu**, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. 3, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- Schneider**, Hartmut: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2017.
- Selçuk**, Sami: “*Ana Dili Bilinci, Türkçe ve Hukuk Dilimiz*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3013-3023. (“Hukuk”)
- Selçuk**, Sami: “*Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme*”, Yargıtay Dergisi, C.14, S. 4, Ekim 1988, s. 467-482. (“Canavarca”)
- Sevük**, Handan Yokuş: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Şahin**, Cumhuriyet/**Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Şensoy**, Naci: “*Cezai Mes’uliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 16, S. 1-2, Ocak 1950, s. 110-156.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

- Toroslu**, Haluk: “*Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. I, 1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 697-703.
- Toroslu**, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 10. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- Türk Dil Kurumu**, *Türkçe Sözlük*, 11. Bası, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2011.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: *Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. 2, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Yılmaz**, Ejder: *Hukuk Sözlüğü*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

ÖLEN EŞİN AİLE KONUTUNA İLİŞKİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARININ SAĞ KALAN EŞİN TMK M. 240 UYARINCA AİLE KONUTUNUN ÖZGÜLENMESİ TALEBİNE ETKİSİ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899908>

Dr. Şeyda DURSUN KARAAHMETOĞLU*

Öz

Evliliğin ölümle sona ermesi halinde sağ kalan eş katılma alacağına hak kazanmış ise söz konusu katılma alacağına mahsuben aile konutunun kendisine özgülenmesini isteyebilir. Diğer yandan, aile konutunun maliki olan ölen eş sağlığında yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarrufla aile konutu üzerinde tasarrufta bulunmuş olabilir. Bu durumda aile konutu kendisine ait olan eşin ölümünün ardından hem eş hem de vasiyet alacaklısı aile konutu üzerinde hak iddia edebilecektir. Yargı kararları dikkate alındığında evliliğin ölümle sona ermesi halinde öncelikli olarak mal rejimi tasfiye edilip katılma alacağı tereke borcu olarak ödenmeli daha sonra mirasın paylaşımı gerçekleştirilmelidir. Bu durumda ölen eş aile konutuna ilişkin geçerli bir ölümüne bağlı tasarruf yapmış olsa bile sağ kalan eş bu ölümüne bağlı tasarruftan etkilenmeden konutun kendisine özgülenmesini isteyebilir. Vasiyet alacaklısı sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunduğu safhada aile konutunun kendisine devrini istemiş olsa dahi Türk Medeni Kanunu'nun 603. maddesi uyarınca mirasbırakanın alacaklılarının hakları, vasiyet alacaklılarının hakkından öncelikli olduğu için aile konutu bakımından öncelikli olarak sağ kalan eşin talebi dikkate alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Evliliğin ölüm ile sona ermesi, Aile konutu, Katılma alacağı, Sağ kalan eşin özgüleme talebi, Ölümüne bağlı tasarruf

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: seyda.dursun@yalova.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6490-1324> (Makalenin Geliş Tarihi: 01.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 10.07.2020/Makale Kabul Tarihi: 27.10.2020)

**THE IMPACT OF TESTAMENTARY DISPOSITION MADE
BY THE DECEASED SPOUSE ON THE CLAIM OF THE SURVIVING
SPOUSE REGARDING THE GRANT OF MATRIMONIAL HOME
ACCORDING TO TCC ART. 240**

Abstract

The surviving spouse may claim the grant of the matrimonial home deducting from payment of participation after the death of one of the spouses, if he/she is entitled to claim for the payment of participation. On the other hand, the deceased spouse, who is the owner of the matrimonial home, may legate the home to another person by a testamentary disposition. In this context, the surviving spouse and the legatee may claim the grant of the matrimonial home. According to judicial decisions, on the death of a spouse, the marital property should be dissolved earlier than division of the estate. Thus, the surviving spouse may claim the grant of the matrimonial home, even if there is a lawful testamentary disposition. According to the article 603 of Turkish Civil Code, the claims of the testator's creditors precede those of legatees. Thus, the claim of the surviving spouse should be considered prior to legatee, even if the legatee has claimed for the grant of home at the same time with the surviving spouse.

Keywords

The termination of marriage with the death, Matrimonial home, Payment of participation, The claim of surviving spouse for the grant of home, Testamentary disposition

GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 240. maddesinde aralarında edinilmiş mallara katılma rejimi bulunan eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşe o ana kadarki yaşantısını koruyabilmek amacıyla¹ aile konutu üzerinde aynı hak talep etme imkanı tanınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup da birlikte yaşadıkları konut üzerinde, katılma alacağına mahsup edilmek üzere veya yetmezse bedel eklenmek suretiyle, kendi lehine intifa veya oturma hakkı tanınmasını talep edebilir. Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eş ya da ölen eşin yasal mirasçılarının talebi üzerine, eşlerin birlikte yaşadıkları konut üzerinde intifa ya da oturma hakkı yerine mülkiyet hakkının da tanınması mümkündür.

Yasa koyucu sağ kalan eşe böylesine bir özgüleme imkanı tanıırken, aile konutu kendisine ait ölen eş de ölmeden önce yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarrufla söz konusu konutu eşten başkasına bırakmış olabilir. Anılan ihtimalde aile konutu üzerinde lehine aynı hak tesis edilmesini talep imkanı bakımından hem sağ kalan eş hem de lehine ölümüne bağlı tasarrufla bulunmuş olan kimse hak sahibi olacaktır. Böyle bir durumda akla gelen temel soru aile konutuna ilişkin ölen eşin yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarrufun sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkı ortadan kaldırıp kaldırmadığıdır. Bu sorunun cevaplanabilmesi için aile konutu kendisine ait olan ölen eşin konut üzerinde ölümüne bağlı tasarruf yapma özgürlüğü, söz konusu ölümüne bağlı tasarruftan sonra sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkın akıbeti ve varsa başvurabileceği hukuki imkanlar ele alınmalıdır.

Çalışmamızın amacı ölen eşin aile konutuna ilişkin yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarrufların sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hak üzerindeki etkisini incelemektir. Bu doğrultuda, konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacağı için, öncelikli olarak sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkın temel özelliklerine yer verilecektir. Esasen TMK m. 240 kapsamında, sağ kalan eş ev eşyası bakımından da özgüleme talebinde bulunabilir. Ancak çalışmamızda yalnızca sağ kalan eşin konut bakımından özgüleme talebi ele alınacaktır. İkinci olarak, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan genel hükümler uyarınca eşlerin aile konutuna ilişkin

¹ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 240. maddesinin gerekçesi. Gerekçe metni için bkz.: **Helvacı, İlhan**: Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II Aile Hukuku, İstanbul, 2013, s. 326.

ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlükleri incelenecektir. Son olarak, ölen eşin aile konutuna ilişkin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun ardından sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu talebin akıbeti ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK SAĞ KALAN EŞİN AİLE KONUTUNUN ÖZGÜLENMESİ TALEBİNİN ŞARTLARI

Sağ kalan eşin TMK m. 240'a göre talepte bulunabilmesinin temel şartı evliliğin ölüm veya ölüm karinesi ile sona ermiş olması gerekliliğidir². Dolayısıyla evliliğin boşanma ya da butlan davası neticesinde sona ermiş olması halinde sağ kalan eşin TMK m. 240'a göre bir talepte bulunması mümkün değildir³. Benzeri şekilde eşlerin yapacakları mal rejimi sözleşmesi

² Doktrinde ağırlıklı görüş, TMK m. 35 hükmünden yola çıkarak gaiplik kararının aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi sonuç doğuracağını belirterek; gaiplik kararı ile birlikte evlilik son bulmasa bile TMK m. 35/I gereğince eşler arasındaki mal rejimin sona erdiğini; diğer yandan mirasın paylaşılması için terekenin ve katılma alacağının belirlenmesi gerektiğini belirterek TMK m. 240'ın eşlerden birinin gaipliği halinde de uygulanabileceğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz.: **Şıpka**, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011, s. 148 vd.; **Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007, s. 86; **Acar**, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2016, s. 372; **Öztaş**, İlker: "MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 3-4 (2009), s. 234-235; **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007, s. 110-111; **Gümüş**, Mustafa Alper: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008, s. 403, dipnot 621; **Aldemir**, İpek Betül: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, İstanbul, 2018, s. 86; **Şengül**, Mehmet: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:3-4, 2012, s. 93 dipnot 114. Gaiplik kararının ölüm kütüğüne işlenmesi ile birlikte mal rejiminin sona erdiği yönünde bkz.: **Gençcan**, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2019, s. 593. Edinilmiş mallara katılma rejimini sona erdirmek isteyen eşin gaiplik kararı ile birlikte ayrıca evliliğin feshi davası açması gerektiği yönünde bkz.: **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Katkı-Katılma Alacağı, 7. Bası, Ankara, 2020, s. 138. Aynı yönde bkz.: **Nebioğlu Öner**, Şebnem: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIV, Sayı:1, 2020, s. 176, 178. Kanaatimizce, TMK m. 131/I açıkça mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe gaipliğine karar verilen kişinin eşinin yeniden evlenemeyeceği hususuna yer verdiği için, evlilik sona ermeden salt gaiplik kararı ile mal rejiminin sona erdiği sonucuna varmak doğru olmayacaktır.

³ **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2018, N. 1251; **Sarı**, s. 283; **Zeytin**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2020, N. 775; **Gençcan**, s. 519.

ile TMK m. 240'ın evliliğin diğer sona erme hallerinde uygulanacağını kararlaştırmaları da mümkün değildir⁴.

Ölüm ile sona ermiş olan evlilik bakımından sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca talepte bulunabilmesi için eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin bulunması ve sağ kalan eşin mal rejiminin tasfiyesi neticesinde katılma alacağına sahip olması gerekmektedir. Sağ kalan eşin katılma alacağının miktarı önem arz etmemektedir. Katılma alacağının miktarı konutun özgülenmesi bakımından yetersiz olsa bile sağ kalan eş bedel ekleyerek özgüleme talebinde bulunabilir. Kanaatimizce, Kanun'da açık bir ifade bulunmadığından, katılma alacağı olmasa bile salt değer artış payının varlığı halinde sağ kalan eşin TMK m. 240'a başvurarak aile konutunun özgülenmesi talebinde bulunması mümkün değildir⁵.

⁴ **Hausheer**, Heinz/**Reusser**, Ruth/**Geiser**, Thomas: Berner Kommentar, Band/Nr. II/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Bern, 1992, Art. 219, N. 24; **Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, Regina E.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art 1-456 (ZGB), 5. Auflage, Basel, 2014, Art. 219 N. 9.

⁵ **Gençcan**, s. 525; **Dural/Ögüz/Gümüş**, 2018, N. 1252; **Nebioglu Öner**, s. 189. Değer artış payının aile konutuna yapılan katkıdan doğması halinde TMK m. 240'ın uygulama bulacağı yönünde bkz.: **Gümüş**, s. 410; **Dural**, Mustafa/**Ögüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 406. Farklı görüş için bkz.: **Yağcıoğlu**, s. 115; **Öztaş**, s. 243; **Acar**, Aile Konutu, s. 376; **Zeytin**, N. 787; **Şeker**, Muzaffer: "Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejimini Hükümlerinden Kaynaklanan Hakları (MK m.240, 652)", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, Sayı:1, 2007, s. 443; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 548; **Hausheer/Aebi-Müller**, Art. 219 N. 5; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Art. 219 N. 58; **Jungo**, Alexandra: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich, 2016, s. 727; **Steck**, Daniel/**Fankhauser**, Roland: FamKomm, Band I ZGB/Band II: Anhänge, Scheidung, 3. Auflage, Bern, 2017, Art. 219 N. 1, 5; **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, auf Grund der 12. Auflage (2002) neu bearbeitet undergänzt, Zürich, 2009, s. 379 dipnot 57. Bu görüşü savunan yazarlar, katılma alacağı olmasa bile salt değer artış payının varlığı halinde bile sağ kalan eşin TMK m. 240'a başvurarak aile konutunun kendine özgülenmesi talebinde bulunabileceğini savunmaktadırlar. Anılan fikirdeki yazarlar, TMK m. 239'da da sadece katılma alacağı değil değer artış payından da bahsedildiğini ve her iki alacak türünün de mal rejiminin tasfiyesinde söz konusu olan alacak türlerinden olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz.: Yargıtay 8. HD., 25.12.2012, E. 2012/7105 K. 2012/13069 (**Şıpka**, Şükran/**Özdoğan**, Ayça: Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, İstanbul, 2017, s. 509-510).

TMK m. 240'ta sağ kalan eş ve ölen eşin birlikte yaşamış oldukları konut ifadesi kullanılmış olsa da madde başlığında "aile konutu" ibaresi kullanılmıştır. Bu bakımdan doktrinde savunulan baskın görüş⁶ ve Yargıtay kararları⁷ uyarınca, sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunacağı konut TMK m. 194'e göre belirlenmelidir. Dolayısıyla evliliğin ölüm ile sona erdiği zaman eşlerin birlikte yaşamış oldukları aile konutu bakımından sağ kalan eş özgüleme talebinde bulunacaktır. Doktrinde başka bir görüş ise, TMK m. 240'ta yer alan konut kavramının teknik anlamdaki "aile konutu" kavramından daha geniş yorumlanması gerektiğini ve böylesine geniş yorumun TMK m. 240'ın amacına daha uygun olduğunu savunmaktadır⁸. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda aile konutu dışında kalan bir konutun tedbiren tahsisinin mümkün olduğu sonucuna varmıştır⁹. Kanaatimizce, bu hususta karar verebilmek için hükmün koruma amacından yola çıkılmalıdır. TMK m. 240 hükmü ile yasa koyucu sağ kalan eşin o ana kadar devam eden yaşantısını koruyabilmek için ona ölen eşi ile birlikte yaşadıkları konut bakımından özgüleme talebi imkanı tanımıştır¹⁰. Ölen eşin eski yaşantısına devam edebilmesi bakımından akla ilk olarak aile konutu kavramı gelse de bazı durumlarda aile konutu niteliğinde olmayan başka konutlar üzerinde de sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunması onun eski yaşantısını sürdürülebilmesi için gerekli olabilir. Doktrinde bahsedildiği üzere, örneğin ölen

⁶ Sarı, s. 284; Öztaş, s. 241; Öztan, s. 545; Yağcıoğlu, s. 96; Acar, Aile Konutu, s. 370; Nebioğlu Öner, s. 180-181; TMK m. 652 açısından aynı yönde bkz.: Şenocak, Zarife: "Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Hakkı", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:25, Sayı:2, 2009, s. 106.

⁷ Yargıtay 8. HD., 10.05.2011, E. 2010/7211, K. 2011/2843 (Lexpera); Yargıtay HGK., 24.05.2017, E. 2017/1609, K. 2017/965 (Lexpera); Yargıtay HGK., 24.05.2017, E. 2017/1608, K. 2017/964 (Lexpera).

⁸ Zeytin, N. 781. Aynı yönde bkz.: Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 219 N. 36. Yazarlar, TMK m. 240'a karşılık gelen İsviçre Medeni Kanunu'nun 219. maddesinde yer alan konut ifadesinden anlaşılması gereken hususun ölen eşe ait olan ve eşlerin birlikte yaşadığı konutlardan herhangi biri olduğudur. TMK m. 652 açısından benzer yönde bkz.: Şenocak, s. 107-108. Ayrıca bkz.: Şeker, s. 442; Dural/Öğüz/Gümüş, 2018, N. 1257; Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 407; Gümüş, s. 412; Ürem, Müge: "TMK m. 240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Talep Hakkı", Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştay 26-27 Nisan 2019, Ed. Şükran Şıpka, İstanbul, 2019, s. 26. Anılan yazarlar, TMK. m. 240 metninde "eşlerin birlikte yaşadığı konut" ibaresi kullanıldığı için aile konutu olmasa dahi eşlerin birlikte yaşadığı başka bir konuta ilişkin olarak da sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca bir talepte bulunabileceğini belirtmektedirler.

⁹ Yargıtay 2. HD., 01.12.2005, E. 2005/13516, K. 16716 (Gençcan, s. 516).

¹⁰ TMK m. 240 gerekçesi. Gerekçe metni için bkz.: Helvacı, s. 326.

eşin görevi sebebiyle eşlerin, ölen eşe ait olan aile konutundan başka bir şehirde bulunan kira sözleşmesi yoluyla temin edilmiş olan bir eve taşındıktan sonra evliliğin ölüm ile sona ermesi halinde, sağ kalan eş bakımından, kira sözleşmesi ile temin edilen evden önce ölen eşine ait olan konutta hayatını sürdürmesi eski yaşantısına devam edebilmesi için daha uygun olabilir¹¹. Bu durumda sağ kalan eşin kendi adına özgüleme talep ettiği evin eşinin ölüm tarihinde aile konutu olmaması sebebiyle özgüleme talebinin reddedilmesi TMK m. 240'ın amacı ile de bağdaşmaz¹². Dolayısıyla sağ kalan eşin özgüleme talep ettiği konut aile konutu olmasa da söz konusu talep doğrudan reddedilmemelidir¹³. Somut olayın şartları, özellikle özgüleme talep edilen evde sağ kalan eşin eski yaşantısına devam edip edemeyeceği hususu değerlendirilerek karar verilmelidir.

Diğer taraftan, sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca bir talepte bulunabilmesi için eşlerin ölüm olayı gerçekleştiği anda birlikte yaşamış oldukları aile konutunun ölen eşe ait olması gerekmektedir. Ölen eş söz konusu konutu bakımından tek başına malik olabileceği gibi, ölen eş sağ kalan eş ile paylı malik¹⁴ de olabilir¹⁵. Bununla birlikte söz konusu konutun ölen eşin edinilmiş ya da kişisel malı olması önem taşımamaktadır. Zira madde metninde konutun hangi mal grubunda yer alacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla aile konutu ölen eşin kişisel malı olsa dahi sağ kalan eş TMK m. 240 uyarınca özgüleme talebinde bulunabilir¹⁶. Ancak Yargıtay vermiş olduğu kararlarda aile konutunun ölen eşin kişisel malı olması durumunda sağ kalan eşe TMK m. 240 çerçevesinde mülkiyet hakkının tanınmasının mümkün

¹¹ Şenocak, s. 107-108.

¹² Şenocak, s. 108.

¹³ Şenocak, s. 108

¹⁴ Eğer konut eşlerin paylı mülkiyetinde ise sağ kalan eş TMK m. 226 uyarınca ölen eşine ait olan mülkiyet payının kendisine verilmesini isteyebilir. Sağ kalan eş bu talepte bulunursa, TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu haktan feragat etmiş sayılır. Bu yönde bkz.: Öztaş, s. 239; Gümüş, s. 411.

¹⁵ Ölen eşin üçüncü kişilerle elbirliği ile malik olduğu konutlar bakımından TMK m. 240'ın uygulanamayacağı yönünde bkz.: Gümüş, s. 414; Öztaş, s. 240; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2014, s. 93; Sarı, s. 285; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 219 N. 43; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 219 N. 14.

¹⁶ Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 321; Yağcıoğlu, s. 99; Acar, Aile Konutu, s. 377; Zeytin, N. 784; Şıpka/Özdoğan, s. 505; Gençcan, s. 528; Aldemir, s. 86-87; Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 403; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 93; Şeker, s. 442; Öztan, As. 547; Hausheer/Aebi-Müller, Art. 219 N. 4; Nuspliger, Isabelle: Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Kommentar, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016, Art. 219 N. 1.

olmadığı sonucuna varmıştır¹⁷. Kanaatimizce, doktrinde isabetli olarak savunulduğu üzere, aile konutu ölen eşin kişisel malı¹⁸ olsa dahi mal rejimi tasfiyesi neticesinde sağ kalan eş katılma alacağına sahipse TMK m. 240'tan yararlanabilmelidir¹⁹. Benzeri şekilde aile konutunun 2002'den önce ya da sonra edinilmiş olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır²⁰.

Sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunulabilmesinin başka bir şartı ise, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için bu konuta ihtiyaç duymasıdır. Eski yaşantısına devam edebilmek ifadesinden anlaşılması gereken sağ kalan eşin evlilik birliği devam ederken sürdürmüş olduğu hayat koşullarının sürekliliğinin sağlanmasıdır. Karine olarak, sağlık koşulları ve ekonomik durumu elverdiği ölçüde sağ kalan eşin eski yaşantısına devam edebilmek bakımından söz konusu konuta ihtiyaç duyduğu kabul edilebilir²¹.

Söz konusu şartların varlığı halinde sağ kalan eş TMK m. 240 uyarınca ölen eşine ait olup ölmeden önce birlikte yaşamış oldukları aile konutunun kendisine özgülenmesi talebinde bulunabilir. Ancak TMK. m. 240/IV uyarınca, sağ kalan eş mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve alt-soyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesine yarayan bölümlerde bu hakkını kullanamayacaktır. Kanunen belirtilen bu kısıtlamalardan başka TMK m. 240/I gereğince, eşler aralarında yapacakları mal rejimi sözleşmesiyle TMK. m. 240 ile sağ kalan eşe tanınan hakkın kapsamını değiştirebilir

¹⁷ Yargıtay 8. HD., 19.01.2017, E. 2016/21737, K. 2017/427 (**Şıpka/Özdoğan**, s. 505); Yargıtay 8. HD., 09.09.2015, E. 2015/15144, K. 2015/15890 (**Şıpka/Özdoğan**, s. 505); Yargıtay 8. HD., 23.05.2017, E. 2017/10564, K. 2017/7566 (**Gençcan**, s. 529); Yargıtay 8. HD., 21.02.2017, E. 2015/11803, K. 2017/2296 (**Gençcan**, s. 529-531); Yargıtay 8. HD., 28.09.2010, E. 2010/2424, K. 2010/4390 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 23.02.2012, E. 2011/3715, K. 2012/1124 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 23.02.2015, E. 2013/20764, K. 2015/4805 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 19.01.2017, E. 2016/21737, K. 2017/427 (Lexpera).

¹⁸ Öte yandan doktrinde bir görüş, aile konutunun ölen eşin kişisel malı olması durumunun belirli durumlarda önem arz edeceğini belirterek şöyle bir ihtimal üzerinde durmuştur. Ölen eşin iskat sebeplerinden birine dayanarak sağ kalan eş mirasçılıktan çıkarmış olduğu ihtimalde, aile konutunun ölen eşin kişisel malı olup olmadığı hususunun önem arz edeceği ve yasal mirasçılardan bu durumda aile konutu üzerinde sağ kalan eş lehine mülkiyet hakkı tanınmasına itiraz edebileceği söz konusu görüş tarafından belirtilmiştir. Ancak bu görüş uyarınca, aile konutu olan taşınmaz edinilmiş mal ise sağ kalan eş mirasçılıktan çıkarılmış olsa bile haklı sebeplerin mevcut olması halinde sağ kalan eş lehine aile konutu üzerinde mülkiyet hakkının tanınması mümkündür. Bu görüş için bkz.: **Şıpka**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 332.

¹⁹ Bu yönde bkz.: 16. dipnot.

²⁰ **Zeytin**, N. 785.

²¹ **Yağcıoğlu**, s. 120; **Şıpka**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 324.

ya da söz konusu hakkı tamamen ortadan kaldırılabılır. Bu bakımdan TMK. m. 240 düzenlemesinin emredici nitelikte olmadığı sonucu varılabilir²².

TMK m. 240'ta belirtilen şartlar mevcutsa sağ kalan eş kendisi lehine öncelikle intifa veya oturma hakkı tanınmasını talep edebilir. Ancak haklı sebepler²³ mevcutsa sağ kalan eş ya da ölen eşin yasal mirasçılarının²⁴ istemi üzerine intifa veya oturma hakkı yerine sağ kalan eş lehine mülkiyet hakkı da tanınabilir. Diğer taraftan, ölen eşin konut üzerindeki hak sahipliği bir üst hakkına da dayanabilir. Söz konusu üst hakkı, eşyaya bağlı nitelikte ise ya da kişiye bağlı olmakla birlikte bağımsız nitelikte değilse, haklı sebepler olsa bile sağ kalan eş üst hakkının kendine devrini talep edemez²⁵. Ancak kişiye bağlı bir üst hakkı bağımsız bir hak olarak tesis edilmişse, sağ kalan eş haklı sebeplerin varlığı halinde üst hakkının kendisine devrini talep edebilir²⁶. Kişiye bağlı üst hakkının bağımsız ve sürekli bir hak olarak tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedildiği durumda ise, sağ kalan eş, söz konusu hak üzerinde kendi lehine intifa ya da oturma hakkının tesisi edilmesini talep

²² **Öztaş**, s. 226; **Gümüş**, s. 403; **Yağcıoğlu**, s. 133; **Şeker**, s. 444; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 2005, s. 402; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 95; **Özcan**, s. 547; **Sarı**, s. 283; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Art. 219 N. 12.

²³ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında haklı sebebin tarafların ekonomik ve sosyal yaşantılarına, mesleklerine, miras ve tapu sicilindeki pay oranlarına göre belirlenebileceğini belirtmiştir. Bu yönde bkz.: Yargıtay 8. HD., 11.10.2016, E.2016/1375 K. 2016/13579 (Lexpera).

Sağ kalan eşin intifa ve oturma hakkının tesisi suretiyle ölen eşin mirasçıları ile bir bağ kurmak ve onlarla ilişki sürdürmek istememesi halinde de haklı sebebin varlığı kabul edilebilir. Bu yönde bkz.: **Yağcıoğlu**, s. 128; **Ürem**, s. 27; **Öztaş**, s. 260.

Eğer söz konusu konut evlilik birliği devam ederken eşlerin gelirlerini ve emeklerini birleştirerek edinmiş oldukları bir ev ise, bu durum da söz konusunun evin üzerinde sağ kalan eş lehine mülkiyet hakkı tanınması bakımından haklı sebep teşkil edebilir. Bu yönde bkz.: **Yağcıoğlu**, s. 129; **Öztaş**, s. 260.

²⁴ Ancak bu durumda yasal mirasçıların talep hakkı sağ kalan eşin talep hakkına karşı bir talep niteliğindedir. Şöyle ki sağ kalan eş aile konutu üzerinde kendi lehine intifa ya da oturma hakkının tesis edilmesini talep etmesi halinde ölen eşin yasal mirasçıları intifa ve oturma hakkı yerine sağ kalan eş lehine mülkiyet hakkının tanınmasını talep edebilirler. Bu yönde bkz.: **Şıpka**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 331; **Şıpka/Özdoğan**, s. 508.

²⁵ Eşyaya bağlı olan üst hakkının bağımsız olmayan bir irtifak hakkı niteliğinde olduğu ve devredilemeyeceği yönünde bkz.: **Ergüne**, Mehmet Serkan: "Üst Hakkının Tasarruf İşlemine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:66, Sayı: 1, 2008, s. 284. Aynı yönde bkz.: **Demirsatan**, Barış: Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 20-21.

²⁶ Bağımsız nitelikte olan üst hakkının devrine ilişkin bkz.: **Ergüne**, s. 287.

edebileceği gibi; yine haklı sebeplerin varlığı halinde üst hakkının kendisine devrini talep edebilir²⁷.

II. ÖLEN EŞİN AİLE KONUTUNA İLİŞKİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUF YAPMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Ölen eşin aile konutuna ilişkin sağlığında yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu özgüleme talebine bir etkisinin bulunup bulunmadığı noktasında sonuca varabilmek için eşlerin hukuki işlem yapma özgürlüğü bağlamında aile konutuna ilişkin ölüme bağlı tasarruf yapma özgürlüğü ele alınmalıdır.

Hukukumuzda eşlerden her biri diğerinin izni veya icazetine ihtiyaç duymadan her türlü hukuki işlem yapabilmek bakımından serbesttir. Bu serbesti TMK m. 193'te "kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir." şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla hukukumuzda temel olarak eşlerin hukuki işlem yapma özgürlükleri bakımından eşlerin işlem serbestisine sahip olduğu söylenebilir. Öte yandan TMK m. 193'te geçen "hukuki işlem" ifadesi akla ilk olarak sözleşme kavramını getirirse de, doktrinde bu hükmün kararları ve tek taraflı işlemleri de kapsadığı belirtilmiştir²⁸.

TMK m. 193'te "kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" eşlerin birbirleri ile ya da üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilecekleri hükme bağlandığı için söz konusu hukuki işlem serbestisinin mutlak olmadığı sonucuna varılabilir. Bu kapsamda Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere hukukumuzda eşlerin hukuki işlem özgürlüğü bakımından çeşitli sınırlamalar öngörülmüştür. Bu sınırlamalardan biri de aile konutuna ilişkin hukuki işlemlerle alakalıdır.

Eşlerin aile konutuna ilişkin hukuki işlemleri bakımından temel düzenleme olan TMK m. 194'ün birinci fıkrasına göre, "eşlerden biri, diğerinin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Kısacası, eşlerden birinin aile konutuyla ilgili yasal düzenlemede bahsedilen hukuki işlemleri geçerli bir biçimde yapabilmesi için diğer eşin rızası gereklidir. Çalışmamızın konusu bakımından bu hükme ilişkin açıklığa

²⁷ Aynı yönde bkz.: **Acar**, Aile Konutu, s. 377-278; **Yağcıoğlu**, s. 105-106; **Nebioğlu Öner**, s. 183; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Art. 219 N. 42; **Nuspliger**, Art. 219 N. 3; **Jungo**, s. 726; **Steck/Fankhauser**, Art. 219 N. 10.

²⁸ **Öztan**, s. 291; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 2005, s. 200.

kavuşturulması gereken temel husus aile konutuyla ilgili eş rızasına tabi olan hukuki işlemlerin sınırlarını belirlemektir. Bununla birlikte TMK m. 194 hükmü ile yasa koyucunun koruma amacı ve eşin rızasının hukuki mahiyetinin ele alınması da işbu çalışmada varılacak sonuçlar bakımından yardımcı olacaktır.

Doktrindeki görüşler ve yargı kararları dikkate alındığında aile konutu, eşlerin birlikte seçtikleri, ortak yaşamlarının odağı olan ve yaşam faaliyetlerini sürdürdükleri, süreklilik niteliğini haiz mesken olarak tanımlanabilir²⁹. Evlilik birliğinin merkezi niteliğindeki aile konutu bakımından eşlerden birinin yaptığı hukuki işlemle diğer eşin yararlarının etkilenebileceği düşüncesiyle yasa koyucu TMK m. 194 hükmü ile aile konutuna ilişkin belirli işlemleri diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur³⁰. Dolayısıyla evlilik birliğinin sürdüğü ve konutun aile konutu özelliği devam ettiği sürece eşlerin aile

²⁹ **Öztañ**, s. 298; **Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku-İkinci Cilt, Yenilenmiş 22. Bası, Ankara, 2020, s. 121; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 2018, N. 879; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 2005, s. 204; **Barlas**, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanun Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 122; **Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004, s. 61, 66 vd.; **Şıpka**, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul, 2004, s. 86; **Schwander**, Ivo: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art 1-456 (ZGB), 5. Auflage, Basel, 2014, Art. 169 N. 6; **Zeiter**, Alexandra/**Schlumpf**, Michael: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 169 N. 3; Yargıtay HGK. 26.10. 2005, E. 2005/12-676, K. 2005/600 (**Helvacı**, s. 231-233). Ayrıca bkz.: **Şıpka**, Şükran: “Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler”, Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulanması” Sempozyum, Ankara, 2003, s. 39 vd. Yazar, aile konutu her ne kadar tek olsa da istisnai bazı durumlarda aile konutunun birden fazla olabileceğini belirtmiştir. Yazar, örneğin, İstanbul’da yaşayan iki çocuklu bir ailenin çocuklarından birinin Ankara’da üniversiteyi kazanması halinde, annenin bu çocuk ile Ankara’ya gidip oradaki eşine ait olan evde yaşaması; babanın ise İstanbul’da lise eğitimine devam eden çocukla yaşantısını devam ettirmesi durumunda, her ne kadar ilk olarak İstanbul’da ev aile konutu olarak düşünülse de, Ankara’daki evin de aile konutu olarak düşünülmesi ve TMK m. 194’te yer alan korumadan yararlanması gerektiği kanaatindedir. Aynı yönde bkz.: **Hausheer**, Heinz/**Reusser**, Ruth/**Geiser**, Thomas: Berner Kommentar, Band/Nr. II/1/2, 2. Auflage, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Bern, 1999, Art. 169 N. 16; **Hasenböhler**, Franz: Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1998, Art. 169_A-B, N. 27. Son olarak anılan yazar, eşlerin sezona bağlı çalışmaları sebebiyle iki ayrı yerde yaşamaları durumunda, istisnai olarak iki tane aile konutunun söz konusu olabileceğini belirtmiştir.

³⁰ TMK m. 194’ün gereğesi. Bu yönde bkz.: **Helvacı**, s. 234.

konutuna ilişkin yapacakları hukuki işlemlerin geçerliliği TMK m. 194'e tabi olur. Eşler arasındaki evlilik birliğinin ölüm ya da başka sebeple sona ermesi halinde ise aile konutu koruması sona erdiği için söz konusu taşınmaz üzerinde tek başına tasarrufta bulunulabilir³¹. Ancak evliliğin ölüm ile sona ermesi halinde TMK m. 194'ün uygulanması bakımından aile konutu niteliği sona erse bile sağ kalan eş aile konutuna ilişkin kendisine yasal olarak tanınan haklardan yararlanmaya devam eder³².

TMK m. 194/I uyarınca, eş rızası ile gerçekleştirilebilecek olan hukuki işlemlerden ilki aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshidir. Yasa hükmünde sadece aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshinden bahsedilmiş olsa da kira hakkının temlik ve alt kira sözleşmesinin yapılması bakımından da eşin rızası gerekmektedir³³. TMK m. 194/I' de eşin rızasına tabi tutulmuş başka bir hukuki işlem ise aile konutunun devredilmesidir. Bu kapsamda aile konutunun mülkiyeti eşlerden birine aitse diğer eşin rızası alınmaksızın aile konutunun mülkiyeti satış, trampa, bağışlama, şirkete aynı sermaye koyma ya da mülkiyetinin devrine sebep olan sair hukuki işlem aracılığı ile devredilemeyecektir. Ayrıca eşler aile konutundan içlerinden birinin bu konut üzerinde oturma, intifa ya da üst haklarından birine sahip olması sebebiyle yararlanıyorsa diğer eşin rızası olmadıkça aile konutu üzerindeki intifa ya da oturma hakkından feragat edilemez veya üst hakkı devredilemez³⁴. TMK m. 194/I'e göre, bahsedilen hukuki işlemlere ek olarak, eşlerden biri diğerinin rızası olmadıkça aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu kapsamda,

³¹ **Öztan**, s. 300; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 63; **Barlas**, s. 129; **Şıpka**, Aile Konutu, s. 102; **Şıpka**, Sempozyum, s. 49-50; **Kamacı**, Mahmut, "Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)", Yargıtay Dergisi, Cilt:30, Sayı:1-2, 2004, s. 120; Yargıtay 2. HD., 13.01.2010, E.2009/19922, K. 2010/387 (Lexpera); Yargıtay 2. HD., 16.10.2008, E.2008/10081, K. 2008/13491 (**Helvacı**, s. 233); Yargıtay HGK., 13.12.2017, E. 2017/2906, K. 2017/1723 (Lexpera); Yargıtay 2. HD., 1.11.2013, E. 2013/20071, K. 2013/24781 (Lexpera); Yargıtay 2. HD., 25.2. 2014, E. 2013/26077, K. 2014/3771 (Lexpera).

³² Aynı yönde bkz.: **Şıpka**, Aile Konutu, s. 102. Ayrıca bkz.: Yargıtay HGK. 13.12.2017, E. 2017/2906, K. 2017/1723(Lexpera). Yargıtay vermiş olduğu bu kararda, evliliğin ölüm ile sona ermesi halinde TMK m. 194 anlamında aile konutu koruması sona ermiş olsa da bu korumanın TMK m. 240 ve 652 kuralları ile birlikte mal rejiminin tasfiyesi ve mirasın paylaşılması sırasında devam edeceği sonucuna varmıştır.

³³ **Öztan**, s. 317; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 65.

³⁴ **Öztan**, s. 318; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 65; **Şıpka**, Aile Konutu, s. 110, 129; **Ayan**, s. 109; **Kamacı**, s. 126; **Doğan**, Murat: "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müesses: Aile Konutu", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 1-4, 2002, s. 290.

eşlerden biri diğ erinin rızası olmadıkça, aile konutu üzerinde ipotek hakkı, oturma hakkı, intifa hakkı veya üst hakkı tesis edemez³⁵.

Diğ er yandan TMK m. 194 kapsamında yer alan hukuki işlemler bakımından öngörülen kısıtlamanın niteliğ i de doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki savunulan görüşlerden birisi uyarınca, TMK m. 194 uyarınca aile konutuna ilişkin işlemler bakımından eşlerin fiil ehliyeti kısıtlanmıştır³⁶. Bu görüş kapsamında, aile konutuna ilişkin hukuki işlem yapacak olan eş, yalnızca tasarruf işlemleri için değ il, borçlandırıcı işlemleri bakımından da diğ er eşin rızasını alması gerekmektedir. Başka bir görüş ise, aile konutuna ilişkin TMK m. 194 kapsamına giren işlemler bakımından tasarruf yetkisi kısıtlamasının söz konusu olduğunu savunmaktadır³⁷. Bu görüş uyarınca, TMK m. 194 kapsamına giren hukuki işlemler bakımından eş rızası alınmaksızın yapılmış olan borçlandırıcı işlemler geçerli olur. Ancak söz konusu borçlandırıcı işlem den doğ an borçların ifasına yönelik gerçekleştirilecek tasarruf işlemleri geçersiz olacaktır. Son olarak başka bir görüş ise TMK m. 194 uyarınca öngörülen rıza açıklamasını, fiil ehliyeti ya da tasarruf ehliyeti kısıtlamasından farklı olarak eşlerin birlikte karar verme hakkı olarak değerlendirmektedir³⁸. Dolayısıyla, bu görüş kapsamında aile konutuna ilişkin

³⁵ Öztan, s. 318; Akıntürk/Ateş, s. 122; Dural/Öğüz/Gümüş, 2018, N. 887; Kılıçoğ lu, Yenilikler, s. 65; Şıpka, Aile Konutu, s. 124 vd.; Şıpka, Sempozyum, s. 43; Barlas, s. 127; Ayan, s. 86-87; Zeiter/Schlumpf, Art. 169 N. 8; Hasenböhler, Art. 169_A-B N. 52; Şükran Şıpka, “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğ ünün Sınırları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, 2015, s. 51.

³⁶ Öztan, s. 317; Yargıtay HGK., 15.04.2015, E. 2013/2056, K. 2015/1201 (Lexpera); Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 321-322; Zeiter/Schlumpf, Art. 169 N. 11; Schmid, Art. 169 N. 8.

³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, 2018, N. 892; Doğan, s. 291; Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 211; Barlas, s. 121,126; Ayan, s. 85-86; Günergök, Özcan: “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak İktisabı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, 2009, s. 276; Karabağ Bulut, Nil: “Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değ erlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku 20 Ekim 2016, Editörler: Tufan Öğüz/Baki İlkay Engin, İstanbul, 2017, s. 72; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 169 N. 38; Yargıtay HGK., 26.10. 2005, E. 2005/12-676, K. 2005/600 (Helvacı, s. 231-233); Yargıtay HGK., 13.12.2017, E. 2017/2906, K. 2017/1723 (Lexpera); Yargıtay 2. HD., 1.11.2013, E. 2013/20071, K. 2013/24781 (Lexpera).

³⁸ Kılıçoğ lu, Yenilikler, s. 50; Şıpka, Aile Konutu, s. 51 vd.; Şıpka, Sempozyum, s. 47-48; Şıpka, Sınırlar, s. 51; Badur, Emel: “Eşin Rızası”, Türkiye Barolar Birliğ i Dergisi, Sayı: 109, 2013, s. 259-260; Schwander, Art. 169 N. 15. Aynı yönde bkz.: Kamacı, s. 130, 139; Hasenböhler, Art. 169 _C-D, N. 59; LE160076, Zürich, Obergericht,

TMK m. 194 kapsamına giren işlemler bakımından borçlandırıcı işlemi ve tasarruf işlemi eşlerin birlikte yapması gerekmektedir. Diğer eşin rıza göstermediği ya da rıza göstermeyeceğini kesin olarak ifade ettiği takdirde söz konusu işlem geçersiz olur³⁹.

TMK m. 194'ün ifadesinde bir açıklık olmadığından ölüme bağlı tasarrufların da bu kapsamda yer alıp almadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde baskın görüş, TMK m. 194'ün yalnızca sağlararası işlemleri kapsadığı, bu sebeple, ölüme bağlı tasarrufların anılan yasa hükmünün kapsamında yer almadığını savunmaktadır⁴⁰. Azınlıkta kalan diğer görüş ise aile konutuna ilişkin ölüme bağlı tasarruflar bakımından da TMK m. 194 kapsamında sağ kalan eşin rızasının gerekli olduğunu belirtmişlerdir⁴¹. Bu görüşte olan yazarlardan bir kısmı, TMK m. 652 bakımından değerlendirme yaparak, bu hükmün emredici nitelikte olmasına rağmen ölen eş aile konutuna ilişkin ölüme bağlı tasarruflarda bulunmuşsa ölüm olayının gerçekleşmesinin ardından aile konutunun vasiyet alacaklısına devri bakımından da sağ kalan eşin izninin gerektiğini belirtmişlerdir⁴².

TMK m. 194 hükmünün amacı eşlerin malvarlığını korumaktan ziyade, bu hükmün kapsamına giren işlemlerin eşlerden biri tarafından gerçekleştirilerek aile konutunun elden çıkmasını önlemek ve bu sayede diğer eş ve çocukları korumaktır⁴³. Başka bir ifade ile, TMK m. 194 ile temel olarak amaçlanan husus aile konutunun varlığını ve devamını sağlamaktır. Bu kapsamda, konutun aile konutu niteliği ortadan kalkmışsa o konuta dair hukuki işlemler bakımından TMK m. 194 hükmünde yer alan kısıtlama söz konusu olmaz. Dolayısıyla evliliğin ölüm ile sona erdiği ihtimalde de ölümle birlikte artık aile konutu koruması sona erer ve bu ev bakımından TMK m. 194 artık uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle TMK m. 194'ün yalnızca

03.03.2017 (Swisslex); ZBGR 87/2006S. 166, Zürich, Handelsgericht, 26.02.2003 (Swisslex).

³⁹ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 50; **Şıpka**, Sempozyum, s. 47-48; **Badur**, s. 260.

⁴⁰ **Barlas**, s. 127; **Şıpka**, Aile Konutu, s. 102, 119; **Kamacı**, s. 128; **Günergök**, s. 256; **Badur**, "s. 270; **Zeiter/Schlumpf**, Art. 169 N. 8,9; **Hasenböhler**, Art. 169_A-B N. 47-48; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Art. 169 N. 36; **Schmid**, Ursula: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016, Art. 169 N. 8.

⁴¹ **Berger**, Markus: Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Freiburg 1987, s. 64 vd. (Naklen, **Hasenböhler**, Art. 169_A-B N. 47-48). Aynı yönde bkz.: **Dural/Öğüz/Gümüş**, 2005, s. 207.

⁴² **Dural/Öğüz/Gümüş**, 2005, s. 207.

⁴³ **Ayan**, s. 71; **Karabağ Bulut**, s. 65.

evlilik birliği devam ettiği sürede gerçekleştirilecek olan sağlararası işlemleri kapsadığı söylenebilir. Şu halde aile konutunun mülkiyetini haiz olan eş bu konuta ilişkin ölüme bağlı tasarrufta bulunursa bu hukuki işlem için diğer eşin rızasına ihtiyaç duymaz.

TMK m. 194 kapsamında yer alan hukuki işlemler bakımından öngörülmuş olan eş rızasının aranmasıyla alakalı işlem kısıtlamasının hukuki niteliğinin belirlenmesi ile de yukarıda varılmış olan sonuç desteklenebilir. Belirtilmiş olduğu üzere, TMK m. 194 ile getirilen kısıtlamanın amacı aile konutunun varlığını korumak ve onun elden çıkmasını önlemek olduğu için, bu kısıtlamanın bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğunu söylemek diğer görüşlere yeğlenebilir. Bu kapsamda aile konutunun mülkiyeti kendisine ait olan eş, konuta ilişkin borçlandırıcı işlemleri geçerli olarak yapabilir; ancak diğer eşin rızası olmadan borçlandırıcı işlemlerin ifasını gerçekleştirmek için tasarruf işlemi yaparsa bu işlem askıda hükümsüz olur. Diğer eş en baştan söz konusu tasarruf işlemi için rıza göstermeyeceğini beyan ederse ya da sonra icazet vermezse bu tasarruf işlemi kesin hükümsüz olacaktır. Bu tespitlerden de yola çıkarak, aile konutunun maliki olan eşin bu konuta ilişkin yapacağı ölüme bağlı tasarrufların TMK m. 194 kapsamında eş rızasına tabi olan işlemlerden birisi olmadığı söylenebilir. Şöyle ki, her ne kadar “ölümüne bağlı tasarruf” ifadesinde “tasarruf” kavramı geçse de ölüme bağlı tasarruflar teknik anlamda tasarruf işlemi değildir. Kural olarak tasarruf işlemi bir hakka doğrudan doğruya etki eden, onu devreden, ortadan kaldıran ya da değiştiren bir hukuki işlemdir⁴⁴. Ancak ölüme bağlı tasarruflar bakımından, mirastan feragat sözleşmesi hariç olmak üzere, mirasbırakan yaşadığı sürece lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kimse beklenen bir hakka bile sahip değildir⁴⁵. Mirasbırakanın ölümünün ardından mirasçı atanmış olan kimse iradi mirasçı, lehine vasiyette bulunulmuş olan kimse de vasiyet alacaklısı haline gelir. Bu sebeplerle, aile konutunun mülkiyeti kendisine ait olan eş bir vasiyet ya da miras sözleşmesi ile bu konutu eşinin rızası gerekmeksizin bir başkasına geçerli bir biçimde vasiyet edebilir. Kaldı ki, aile konutu ölen eş tarafından sağ kalan eşten başka bir kimseye vasiyet edilmiş olsa da söz konusu vasiyet aile konutu kendisine ait olan eşin ölümünden sonra yerine getirilecektir. Ölüm olayının gerçekleşmesi ile birlikte aile konutu niteliğindeki söz konusu taşınmaz bu niteliğini kaybettiği için vasiyetin ifasının, TMK m. 194 kapsamında eş rızasına tabi olan işlemler arasına dahil edilmesi mümkün değildir.

⁴⁴ Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Miras Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2019, N. 236.

⁴⁵ Dural/Öz, N. 236.

III. ÖLEN EŞİN AİLE KONUTUNA İLİŞKİN ÖLÜME BAĞLI TASARRUFU KARŞISINDA SAĞ KALAN EŞİN ÖZGÜLEME TALEBİNİN AKİBETİ

Aile konutu kendisine ait olan eş sağlığında vasiyetname ya da miras sözleşmesi aracılığı ile bu konutun başkasına verilmesine ilişkin geçerli bir ölüme bağlı tasarruf yapmış ise söz konusu ölüme bağlı tasarrufunun sağ kalan eşin TMK m. 240'tan kaynaklanan talep hakkını ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusu akla gelebilir⁴⁶. Söz konusu ihtimalle alakalı doktrindeki temel tartışma ölen eşin aile konutuna ilişkin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun iptalinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Doktrindeki tartışılan bu husus önemli olmakla birlikte, kanımızca, ölen eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu talep hakkına etkisi konusunda doğru sonuca varabilmek için sağ kalan eşin sahip olduğu hakkın kullanım süresi dikkate alınmalıdır.

Aile konutu kendi mülkiyetinde olan eşin söz konusu konuta ilişkin sağlığında yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun iptal edilip edilemeyeceği, yukarıda bahsedilmiş olduğu üzere, doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüş, sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkın öncelikli olduğunu ve ölen eşin aile konutuna ilişkin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların ise hukuka aykırı olduğunu; dolayısıyla, ölen eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların TMK. m. 557/I b. 3 uyarınca iptal edilebi-

⁴⁶ Benzeri bir tartışma sağ kalan eşin miras hakkına mahsuben aile konutunun kendisine özgülenmesi imkanı veren TMK m. 652 bakımından da mevcuttur. Doktrinde bir görüş, TMK m. 652 hükmünün emredici karakterde olmayan bir paylaşma kuralı olduğunu ve ölen eşin yapacağı bir ölüme bağlı bir tasarruf ile sağ kalan eşin TMK m. 652'den yararlanmasının engellenebileceği belirtmiştir. Bu görüş için bkz.: **Gezder**, Ümit: "Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (MK m. 652)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXV, Sayı:2, 2007, s. 250; **Acar**, Faruk: "Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, 2006, s. 156; **Şenocak**, s. 124-125; **Dural/Öz**, N. 2080; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2019, s. 597; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Art 219 N. 16; **Hausheer/Reusser/Geiser**, Art. 169 N. 36; **Hausheer/Aebi-Müller**, Art 219 N. 7; **Steck/Fankhauser**, Art.219 N. 7; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 763; BGE 119 II 323.

Başka bir görüş ise TMK m. 652 hükmünün emredici karakterde olduğunu savunmaktadır. Bu görüş için bkz.: **Dural/Öğüz/Gümüş**, 2005, s. 207, 410. Aynı yönde bkz.: **Başpınar**, Veysel: "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, sayı:3, 2003, s. 95.

leceğini savunmaktadır⁴⁷. Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, TMK m. 240'ın ifadesi dikkate alındığında eşlerin ancak birlikte sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki talep hakkına ilişkin değişiklikte bulunabileceğini; bu sebeple, eşlerden birinin tek başına aile konutunda tasarrufta bulunmasının mümkün olmaması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁸.

Anılan görüşte olan yazarlardan *Acar*, TMK m. 240 hükmünün nisbi emredici bir hüküm olduğunu ve bu hükümle sağ kalan eşe tanınan imkanın ölümüne bağlı bir tasarrufla ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir. Yazar, buna bağlı olarak, bir davranışın aynı anda butlan ve iptal edilebilirlik yaptırımını içeren bir kuralı ihlal etmesi halinde butlan yaptırımının seçileceği; TMK m. 240'ın ihlali halinde ise iptal edilebilirlik yerine, nisbi emredici bir hüküm olan bu hükmün hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁹.

Doktrinde başka bir görüş ise, TMK m. 240'ın ölen eşin ve mirasçılarının ölümüne bağlı tasarruf yapma özgürlüğünü sınırlandırıcı bir hüküm olmadığını; bu sebeple aile konutuna ilişkin yapılmış olan bir ölümüne bağlı tasarrufun TMK m. 557 uyarınca hukuka aykırılık sebebiyle iptal edilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁰. Bu görüş uyarınca, sağ kalan eş zaten mirasçı ise vasiyet borcunun yerine getirilmesine rıza göstermediği takdirde ölümüne bağlı

⁴⁷ Ürem, s. 29; Öztaş, s. 249; Nebioğlu Öner, s. 199; Özüğür, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, 2015, s. 89, 104; Aynı yönde bkz.: Özdamar, Demet/Kayış, Ferhat/Yağcıoğlu, Burcu/Akgün, Aliye: Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 131; Ceylan, Ebru: “Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 128, 2017; s. 212. Ölen eşin aile konutu üzerinde ölümüne bağlı tasarrufla vasiyette bulunması halinde sağ kalan eşin TMK m. 240’tan kaynaklanan haklarının ihlal edilmiş olacağını, bu sebeple, sağ kalan eşin TMK 557’ye dayanarak ölümüne bağlı tasarrufu iptali davası açabileceği ve vasiyetin iptalinden sonra konut üzerinde aynı hakkını kullanabileceği ettirebileceği yönünde bkz.: Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, s. 139; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 256; Akıntürk/Ateş, s. 177; aynı yönde bkz.: Özer Deniz, Miray: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul, 2016, s.115; Şengül, s. 95. Ölen eşin yapmış olduğu bir ölümüne bağlı tasarruf ile aile konutu olan evin mirasçılardan birine ya da bir üçüncü kişiye bırakıldığı durumlarda TMK m. 240’ta yer özüleme talebinin ölen eşin isteklerinden daha önemli olduğu ve vasiyetin geçersiz kılınabileceği yönünde bkz.: Şıpka/Özdoğan, s. 515.

⁴⁸ Öztaş, s. 249; Acar, s. 374; Aynı yönde bkz.: Özdamar/Kayış/Yağcıoğlu/Akgün, s. 131. Ölen eşin tek taraflı irade beyanı ile sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkı kaldıramayacağı yönünde bkz.: Öztan, s. 547.

⁴⁹ Acar, s. 374-375.

⁵⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 405; Gümüş, s. 407; aynı yönde bkz.: Yağcıoğlu, s. 135-136.

tasarruf olmasına rağmen borcun ifası gerçekleşmez⁵¹. Sağ kalan eş mirasçı değilse, söz konusu vasiyet borcu mirasçılar tarafından yerine getirilirse sağ kalan eşin TMK m. 240'dan doğan talep hakkı tazminatla karşılanmayacak şekilde imkansızlaşır⁵². Ancak bu ihtimalde mirasçıların sağ kalan eşe zarar verme kasıtları söz konusu ise tazminat ödeme ihtimali gündeme gelebilir⁵³.

Diğer bir görüş ise ölen eşin yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkı ortadan kaldıracaklığını, ölen eşin böyle bir ölüme bağlı tasarrufu varsa, sağ kalan eş lehine oturma ya da sükna hakkı yerine mülkiyet hakkı tanınması bakımından haklı sebebin söz konusu olmadığını savunmaktadır⁵⁴. Bu görüş uyarınca, eşin menfaatleri ile bağdaştığı ölçüde mirasçıların mirasbırakanın son arzularını dikkate alması gerektiği, aksi durumda mirasçıların ya da vasiyet alacaklısının tazminat yükümlülüğünün doğabileceği belirtilmiştir⁵⁵.

Doktrindeki son görüş ise mal rejiminin tasfiyesi terekenin tasfiyesinden önce gerçekleştiği için ölen eşin aile konutuna ilişkin bir ölüme bağlı bir tasarrufu olsa bile sağ kalan eşin bu tasarrufu dikkate almayarak TMK m. 240'tan doğan talep hakkını kullanabileceğini belirtmiştir⁵⁶.

Bu görüşlerin ortak noktası olarak, aile konutu kendisine ait olan ölen eş sağlığında bu evi ölüme bağlı tasarruf yolu ile eşinden başka bir kimseye vasiyet etmişse ölen eşin yapmış olduğu böyle bir ölüme bağlı tasarrufun sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu talep hakkını ortadan kaldırmayacağı sonucuna varılabilir. Şöyle ki, daha önce bahsedilmiş olduğu üzere, sağ kalan eş ancak katılma alacağına sahip olduğu takdirde, diğer şartların da varlığı halinde TMK m. 240 uyarınca aile konutunun kendisine özgülenmesini talep edebilir. Dolayısıyla sağ kalan eşin böyle bir talepte bulunabilmesi için öncelikle katılma alacağına sahip olup olmadığı hususu belirlenmelidir. Bilindiği üzere, eşler arasındaki evliliğin ölümle sona ermesi halinde iki farklı türde tasfiye gerçekleştirilir. Bunlardan biri eşler arasındaki

⁵¹ Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 405; Gümüş, s. 407-408; benzeri yönde bkz. ve karşı: Aldemir, s. 87-88.

⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 405; Gümüş, s. 408.

⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, 2005, s. 405-406; Gümüş, s. 408.

⁵⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, Art 219 N. 92.

⁵⁵ Hausheer/Reusser/Geiser, Art 219 N. 92. Bununla birlikte yazarlar, ölen eşin aile konutuna ilişkin bir ölüme bağlı bir tasarrufu varsa sağ kalan özgüleme talebinin öncelikli olduğunu; zira mal rejiminin tasfiyesinin terekenin paylaşımından önce gerçekleşeceğini belirtmişlerdir. Bu yönde bkz.: Hausheer/Reusser/Geiser, Art 219 N. 22.

⁵⁶ Şenocak, s. 126, 128.

mal rejiminin tasfiyesidir; diğeri ise mirasbırakanın terekesinin tasfiyesidir⁵⁷. Ancak doktrinde ve yargı kararlarında belirtildiği üzere, evliliğin ölümle sona ermesi halinde durumun niteliği gereği mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hükümler, miras hukukuna ilişkin hükümlerden daha önce uygulama alanı bulur⁵⁸. Zira mal rejiminin tasfiyesi neticesinde ortaya çıkan katılma alacağı, terekenin borçlarından biridir ve katılma alacağı da dahil mirasbırakanın borçları terekeden çıkarıldıktan sonra kalan miktar mirasçılar arasında paylaşılacaktır⁵⁹. Diğer yandan, TMK m. 240 uyarınca sağ kalan eşe tanınan talep hakkının kullanılması bakımından yasal bir süre öngörülmediği için, genel olarak, sağ kalan eş, ancak katılma alacağının ifası süresince özgülenme talebinde bulunabilir⁶⁰. Sonuç olarak, doktrinde bir görüşün de belirtmiş olduğu üzere⁶¹, mal rejiminin tasfiyesi mirasın paylaşımından önce gerçekleşeceği için, ölen eşin aile konutuyla alakalı ölümüne bağlı bir tasarrufu olsa bile, bu ölümüne bağlı tasarruf dikkate alınmadan sağ kalan eş katılma alacağının ifası sürecinde aile konutunun kendisine özgülenmesini talep edebilir. Bundan başka, sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunduğu bir

⁵⁷ Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 143.

⁵⁸ Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 143, 347; Gençcan, s. 645 vd.; Yargıtay 8. HD., 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 17.12.2013, E. 2013/17871, K. 2013/19233 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 18.04.2013, E. 2013/1927, K. 2013/5882 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 24.06.2014, E. 2014/5192, K.2014/13289 (Lexpera); İstanbul BAM., 15.01.2020, E. 2018/604, K. 2020/34 (Lexpera); İzmir BAM., 6.2.2017 E. 2017/116, K. 2017/165 (Lexpera).

⁵⁹ Gençcan, s. 647 vd; Şıpka, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 143; Özüğür, s. 91; Yargıtay 8. HD., 10.02.2016, E. 2014/20506, K. 2016/2133 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 23.05.2017, E. 2017/10564, K. 2017/7566 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 4.2.2019, E. 2019/129, K. 2019/958 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 15.10.2018, E. 2016/11180, K. 2018/17237 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 26.06.2018, E. 2016/5440, K. 2018/14364 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 23.1.2019, E. 2018/15632, K. 2019/772 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 23.12.2015, E. 2014/12245, K. 2015/23031 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 22.05.2018 E. 2016/2954, K. 2018/12955 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 14.10.2015, E. 2015/16951, K. 2015/18335 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 5.12.2018, E. 2016/17282, K. 2018/19778 (Lexpera); Yargıtay 8. HD., 01.04.2014, E. 2014/2504, K. 2014/5889 (Lexpera). Aynı yönde bkz.: Serozan/Engin, s. 214; Dural/Öz, N. 1110; Çabri, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt-I, İstanbul, 2018, N. N. 386.

⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, 2018, N. 1264; Öztaş, s. 260; Şeker, s. 440; Nebioğlu Öner, s. 194; Zeytin, N. 793; Gençcan, s. 534; Sarı, s. 288.

Diğer taraftan söz konusu konut ölen eşin terekesinde yer aldığı sürece kullanılabilirdiği için, sağ kalan eş bu hakkını en geç söz konusu konut ölen eşin terekesinden çıkmadan önce kullanması gerekmektedir Öztaş, s. 260-261; Gümüş, s. 416; Şıpka/Özdoğan, s. 510; Nebioğlu Öner, s. 194.

⁶¹ Şenocak, s. 126,128.

süreçte, aile konutu kendisine vasiyet edilmiş olan kimse de alacağıının ifasını talep ederse, TMK m. 603 uyarınca mirasbırakanın alacaklılarının hakları, vasiyet alacaklılarının haklarından önce geleceği için öncelikli olarak sağ kalan eşin talebi dikkate alınacaktır.

Her ne kadar mal rejiminin tasfiyesi mirasın paylaşımından önce gerçekleşse de, öğretilerde savunulan görüşlerden yola çıkarak sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunmadan önce ya da bulunurken ölen eşin aile konutuna ilişkin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufu da iptal ettirip ettirmemesi gerektiği sorusu akla gelebilir. Yukarıda belirtilmiş olduğu üzere, doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş⁶², ölen eşin tek taraflı irade beyanı ile sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkı kaldıramayacağı, bu sebeple ölen eşin aile konutuna ilişkin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun TMK m. 557/I b.3 uyarınca hukuka aykırılık sebebiyle iptal edilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. TMK m. 557/I b.3 uyarınca bir ölüme bağlı tasarrufun hukuka aykırılık sebebiyle iptal edilebilmesi için o ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin bağlandığı koşulların veya yüklemelerin emredici hükümlere, kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olması gerekmektedir. Diğer yandan, söz konusu ölüme bağlı tasarrufun hukuka aykırılığının tespiti, mirasın açıldığı an dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁶³. Bu bilgiler ışığında, ölen eşin aile konutuna ilişkin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun TMK m. 194 ve 240'a aykırılık teşkil edip etmediği ele alınmalıdır. TMK m. 194 kapsamında aile konutu kendisine ait olan eş konuta ilişkin yasal olarak belirtilen işlemleri yaparken, diğer eşin rızasını da almalıdır. Ancak daha önce belirtilmiş olduğu üzere, emredici hüküm niteliğinde olan TMK m. 194'ün amacı diğer eşin rızası olmaksızın aile konutunun elden çıkarılmasını önlemek olduğu için bir konutun aile konutu niteliği sona erdiği zaman TMK m. 194 hükmü artık uygulama alanı bulmaz. Evlilik ölümle sona erdiği zaman söz konusu konutun aile konutu özelliği ortadan kalktığı için konutun mülkiyeti kendisine ait olan ölen eş ölüme bağlı bir tasarrufla bu konutu başkasına vasiyet etmiş olsa bile bu hukuki işlemi için diğer eşin rızası gerekmemektedir. Nitekim doktrinde de ağırlık görüşü TMK m 194'ün yalnızca sağlararası işlemler için uygulama alanı bulacağı yönündedir⁶⁴. Öte yandan bu çalışmada savunulan görüş uyarınca, TMK m. 194 kapsamında aile konutu üzerinde hak sahibi olan kişi bakımından getirilen kısıtlama bir tasarruf yetkisi kısıtlaması niteliğindedir. Ölen eşin aile konutunu eşinden başka bir

⁶² Bkz. yukarıda 47. dipnot.

⁶³ **Çabri**, N. 1315.

⁶⁴ Bkz. yukarıda 40. dipnot ve bu dipnota bağlı metin.

kimseye vasiyet ederek yapmış olduğu bir ölümüne bağlı tasarruf ile aile konutu evliliğin devamı esnasında el değiştirmedeği için söz konusu ölümüne bağlı tasarruf için diğer eşin rızasına gerek yoktur. Bu sebeplerle, aile konutu kendisine ait olan eşin bu konutu başkasına vasiyetini içeren bir ölümüne bağlı tasarrufun TMK m. 194'e aykırı olmadığı sonucuna varılabilir.

Ölen eşin aile konutunu bir başkasına vasiyetini içeren ölümüne bağlı tasarruf TMK m. 240 açısından ele alınacak olursa ilk olarak belirtilmelidir ki, ölen eşin söz konusu ölümüne bağlı tasarrufu sağ kalan eşin emredici nitelikte olmayan TMK m. 240 hükmü uyarınca sahip olduğu hakkı ortadan kaldırmadığı için böyle bir tasarrufun söz konusu maddeye aykırı olduğundan da bahsetmek mümkün değildir. Şöyle ki, sağ kalan eşin TMK m. 240'ta kendisine tanınmış olan yenilik doğurucu nitelikteki hakkını kullanılması⁶⁵ ile birlikte, sağ kalan eşin sahip olduğu katılma alacağıının ne şekilde ödeneceği belirlenmektedir⁶⁶. Sağ kalan eş bu hakkını kullandıktan sonra mirasçılar, eşin talebine göre, konut üzerinde onun lehine intifa ya da oturma hakkı tesis etme veya haklı sebeplerin mevcut olması konutun mülkiyetini devretme borcu altına girer⁶⁷. Yukarıda belirtildiği üzere, eşlerden birinin ölümü halinde mal rejiminin tasfiyesi miras paylaşımından önce gerçekleştirilecek ve katılma alacağı ödendikten sonra miras paylaşımına geçilecektir. Dolayısıyla, ölen eş aile konutuna ilişkin bir ölümüne bağlı tasarrufta bulunmuş olsa bile bu ölümüne bağlı tasarruftan doğan borcun ifası katılma alacağıının ifasından sonraki süreçte gerçekleşeceği için söz konusu ölümüne bağlı tasarruf sağ kalan eşin talep hakkını etkilemez. Ölen eşin yapmış olduğu ölümüne bağlı tasarrufta aile konutu yasal ya da atanmış mirasçılardan birine bırakılmış olsa bile varılan sonuç bakımından herhangi bir değişiklik olmayacaktır.

Öte yandan, sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca kendisine tanınmış olan hakkı kullandığı süreçte vasiyet alacaklısı kendisine vasiyet edilen söz konusu aile konutunun kendisine verilmesini talep etse bile TMK m. 603 gereğince öncelikli olarak mirasbırakanın borçları yerine getirileceği için öncelikle katılma alacağına sahip olan sağ kalan eşin talebi dikkate alınacaktır. Her ne kadar doktrinde savunulan görüşlerden birisi⁶⁸, TMK m.

⁶⁵ Bu hakkın kullanılıp kullanılmaması sağ kalan eşin takdirinde olduğu için, mal rejiminin tasfiyesinin dava yolu ile gerçekleştirildiği hallerde hakim TMK m. 240'ın şartlarının varlığını tespit etse dahi re'sen sağ kalan eş lehine aile konutunu özgülemesi mümkün değildir. Bu yönde bkz.: **Sarı**, s. 287.

⁶⁶ **Acar**, Aile Konutu, s. 375; **Gümüş**, s. 406. Sağ kalan eşe TMK m. 240 uyarınca tanınmış olan hakkın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz.: **Öztaş**, s. 224 vd.

⁶⁷ **Gümüş**, s. 406.

⁶⁸ **Acar**, Aile Konutu, s. 374-375.

240'ın nisbi emredici nitelikte olduğunu ve ölen eşin tek taraflı irade beyanı ile sağ kalan eşin hakkını ortadan kaldıramayacağını ve bu kapsamda ölen eş aile konutuna ilişkin bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuşsa bu tasarrufun hukuka aykırılık sebebi ile iptal edilebileceğinden bahsetse de, açıklandığı üzere, ölen eşin aile konutuna ilişkin vasiyeti sağ kalan eşin hakkını ortadan kaldırmamak ve kullanmasına engel olmamaktadır. Bu sebeple, aile konutu kendisine ait olan ölen eş ölüme bağlı tasarruf yolu ile bu konutu sağ kalan eşten bir başkasına vasiyet etmişse bile bu tasarruf TMK m. 240'a aykırılık teşkil etmediği için bu ölüme bağlı tasarrufun TMK. m. 240'a aykırılık sebebiyle de iptal edilmesi mümkün değildir⁶⁹. Zaten doktrinde bir görüşün de isabetli olarak belirttiği gibi, sağ kalan eş aynı zamanda mirasçı sıfatına da sahipse vasiyet alacaklısının aile konutunun mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep etmesi halinde tescil talebinde bulunmayarak da TMK m. 240 doğan hakkını korumuş olacaktır⁷⁰.

Yargıtay kararına⁷¹ konu olan bir olayda da, mirasbırakan ölmeden önce resmi bir vasiyetname ile tüm malvarlığını oğluna ve kızına bırakmış; sağ kalan eş ise aile konutu üzerinde üstün hakka sahip olduğunu ve söz konusu vasiyetnamenin Türk Medeni Kanunu'nun aile konutu ile ilgili olan emredici düzenlemelerine aykırı olduğu gerekçesi ile vasiyetnamenin iptali; iptalin uygun görülmediği takdirde ise tenkis talep ettiğini belirterek dava açmıştır. Davalılar önce davanın reddini talep etmiş sonrasında ise davalılardan biri vasiyetnamenin iptali davasını kabul ettiğini; vasiyetname ile taraflarına bırakılan haklardan feragat ettiklerini ve yalnızca yasal miras paylarının kendilerine intikal ettirilmesini talep etmişlerdir. Yerel mahkeme ise vermiş olduğu kararda söz konusu vasiyetnamenin iptali şartlarının mevcut olmadığı ve vasiyetnamenin iptaline yönelik iddiaların ispatlanamadığı gerekçeleri ile bu iddiayı reddetmiş; tenkis talebini kabul etmiş ve mirasçılarının saklı paylarını dikkate alınarak tereke mirasçılar arasında paylaştırılmıştır. Yerel mahkemenin vermiş olduğu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay ise davalılardan birinin vasiyetname ile kendine bırakılan haklardan feragat ettiği yönündeki beyanı dikkate alınmadan tereke paylaştırıldığı için tarafların payları yönünden bu hükmü bozmuş, geriye kalan temyiz sebeplerini ise reddetmiştir.

Doktrinde bir görüşün de belirtmiş olduğu ihtimaldeki gibi sağ kalan eşin mirasçı sıfatına sahip olmadığı bir durumda, katılma alacağının henüz

⁶⁹ Aynı yönde bkz.: **Gümüş**, s. 407.

⁷⁰ **Gümüş**, s. 407-408.

⁷¹ Yargıtay 3. HD. 12.2.2018, E. 2017/16777, K. 2018/844 (Lexpera).

ödenmediği bir safhada mirasçılar vasiyet alacaklısının borcunu yerine getirerek aile konutunun mülkiyetini ona devretmişlerse aile konutu terekeden çıktığı için sağ kalan eş de artık TMK m. 240 uyarınca sahip olduğu hakkı kullanamayacaktır⁷². Söz konusu hak yalnızca mirasçılara karşı ileri sürülebilen bir hak olduğu için sağ kalan eşin bu hakkı konutun yeni maliki olan vasiyet alacaklısına karşı da ileri sürmesi mümkün değildir.

SONUÇ

Aile konutu kendisine ait olan ölen eş sağlığında yapmış olduğu bir ölümüne bağlı tasarrufla bu konutu eşten başka birine bırakmış olabilir. Bu durumda aile konutu üzerinde sağ kalan eşten başka lehine vasiyet bırakılmış olan kimse de hak sahibi olacaktır. Her ne kadar bu ihtimalde söz konusu ölümüne bağlı tasarruf sağ kalan eşin TMK m. 240'tan yararlanmasını engelliyor gibi görünse de mal rejiminin tasfiyesi ve miras paylaşımına ilişkin genel kurallar dikkate alındığında öyle olmadığı anlaşılabilir. Şöyle ki, evlilik ölüm ile sona erince öğretide ve yargı kararlarında savunulduğu üzere, mal rejiminin tasfiyesinin miras paylaşımından önce gerçekleştirilmesi gerekir. Zira katılma alacağı terekenin borçlarından biridir ve öncelikle katılma alacağının ödenip sonrasında miras paylaşımı yapılmalıdır. Sağ kalan eşin talebi üzerine aile konutunda onun lehine bir aynı hak tesisinin gerçekleşmesi halinde ise TMK m. 239 gereğince sağ kalan eşin katılma alacağı aynı olarak ifa edilmiş olacaktır. Her ne kadar yasal olarak sağ kalan eşin özgüleme talebinin kullanılabilmesi zamansal bir sınır öngörülmemiş olsa dahi, burada sağ kalan eşe TMK m. 240 gereğince aile konutunun özgülediği ihtimalde eşin katılma alacağı ifa edildiği için katılma alacağını ifasına ilişkin hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Daha önce bahsedilmiş olduğu üzere, evliliğin ölüm ile sona ermesi halinde mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının ödenmesi terekenin paylaşılması bakımından bir ön koşul niteliği taşıdığı için ölen eş aile konutunu bir başka kimseye vasiyet etmiş olsa bile sağ kalan eş söz konusu ölümüne bağlı tasarruftan hiç etkilenmeden aile konutunun kendisine özgülenmesini talep edebilecektir. Bu bakımdan söz konusu ölümüne bağlı tasarruf sağ kalan eşin TMK m. 240 uyarınca kullanılacağı hak için ne bir engel teşkil etmekte ne de TMK m. 240'a aykırılık oluşturmaktadır.

Aile konutuna ilişkin eşlerin hukuki işlem özgürlüklerini düzenleyen TMK m. 194 hükmü yalnızca sağlararası işlemleri kapsadığı için ölen eş geçerli biçimde kendisine ait aile konutuna ilişkin ölümüne bağlı tasarrufta

⁷² **Gümüş**, s. 408.

bulunabilir. Bu bakımdan söz konusu ölüme bağlı tasarruf TMK m. 194'e de aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla ölen eşin aile konutuna ilişkin geçerli ölüme bağlı tasarrufu varsa bu tasarrufun TMK m. 194 veya 240 aykırılığı sebebiyle iptal edilmesi mümkün değildir. Zaten sağ kalan eşin TMK m. 240'tan doğan hakkını kullanabilmesi için söz konusu ölüme bağlı tasarruf için iptal talebinde bulunmasına da gerek yoktur. Ancak sağ kalan eş katılma alacağının para olarak ödenmesini istemiş ve katılma alacağı ifa edilmişse artık, TMK m. 240'tan yararlanma imkanı ortadan kalktığı için bu durumda ölen eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf devreye girer. Sağ kalan eşin mirasçı olmadığı ve katılma alacağının henüz ifa edilmediği bir ihtimalde, vasiyet alacaklısının talebi üzerine mirasçılar söz konusu konutu ona devrederse bu durumda konut terekeden çıkmış olacağı için sağ kalan eş artık TMK m. 240 uyarınca aile konutunun kendisine özgülenmesini talep edemeyecektir.

KAYNAKÇA

- Acar**, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2016. (*Aile Konutu*)
- Acar**, Faruk: “Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2006, s. 121-159.
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku-İkinci Cilt, 22. Bası, Ankara, 2020.
- Aldemir**, İpek Betül: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Taraf İradelerinin Etkisi, İstanbul, 2018.
- Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004.
- Badur**, Emel: “Eşin Rızası”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 109, 2013, s. 251-302.
- Barlas**, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanun Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 117-143.
- Başpınar**, Veysel: “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı:3, 2003, s. 79-101.
- Ceylan**, Ebru: “Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:128, 2017, s. 203-230.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt-I, İstanbul, 2018.
- Demirsatan**, Barış: Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları, 2. Baskı, İstanbul, 2017.
- Doğan**, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, Sayı: 1-4, 2002, s. 285-300.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2005. (2005)
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul, 2018. (2018)
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Miras Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2019.

- Ergüne**, Mehmet Serkan: “Üst Hakkının Tasarruf İşlemine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:66, Sayı: 1, 2008, s. 275-292.
- Gençcan**, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2019.
- Gezder**, Ümit: “Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (MK m. 652)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXV, Sayı: 2, 2007, s. 237-252.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul, 2008.
- Günergök**, Özcan: “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak İktisabı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, 2009, s. 249-283.
- Hasenböhler**, Franz: Zürcher Kommentar Band/Nr. II/1c, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1998.
- Hausheer**, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art 1-456 (ZGB), 5. Auflage, Basel, 2014.
- Hausheer**, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas: Berner Kommentar, Band/Nr. II/1/3/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten, Bern, 1992.
- Hausheer**, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas: Berner Kommentar, Band/Nr. II/1/2, 2. Auflage, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Bern, 1999.
- Helvacı**, İlhan: Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II Aile Hukuku, İstanbul, 2013.
- Kamacı**, Mahmut: “Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)”, Yargıtay Dergisi, Cilt:30, Sayı:1-2, 2004, s. 113-138.
- Karabağ Bulut**, Nil: “Aile Konutu Üzerinde İpotek Tesisi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I, Eşya Hukuku 20 Ekim 2016, Editörler: Tufan Öğüz/Baki İlkay Engin, İstanbul, 2017, s. 59-83.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Katkı-Katılma Alacağı, 7. Bası, Ankara, 2020. (*Katkı-Katılma Alacağı*)

- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Ankara, 2014. (*Yenilikler*)
- Jungo**, Alexandra: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Nebioğlu Öner**, Şebnem: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIV, Sayı:1, 2020, s. 169-218.
- Nuspliger**, Isabelle: Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Kommentar, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016.
- Özdamar**, Demet/**Kayış**, Ferhat/**Yağcıoğlu**, Burcu/**Akgün**, Aliye: Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2017.
- Özer Deniz**, Miray: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul, 2016.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015.
- Öztaş**, İlker: “MK. m. 240 Kapsamında Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 3-4 (2009), s. 223-264.
- Özuğur**, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara, 2015.
- Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007.
- Schmid**, Ursula: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. überarbeitete Auflage, Zürich, 2016.
- Schwander**, Ivo: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art 1-456 (ZGB), 5. Auflage, Basel, 2014.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey: Miras Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2019.
- Steck**, Daniel/**Fankhauser**, Roland: FamKomm, Band I ZGB/Band II: Anhängen, Scheidung, 3. Auflage, Bern, 2017.
- Şeker**, Muzaffer: “Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejimini Hükümlerinden Kaynaklanan Hakları (MK m.240,

- 652)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, Sayı:1, 2007, s. 435-450.
- Şengül**, Mehmet: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağına İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:3-4, 2012, s. 61-97.
- Şenocak**, Zarife: “Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Hakkı”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:25, Sayı:2, 2009, s. 97-129.
- Şıpka**, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, İstanbul, 2011. (*Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*)
- Şıpka**, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), İstanbul, 2004. (*Aile Konutu*)
- Şıpka**, Şükran: “Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler”, Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması” Sempozyum, Ankara, 2003, s. 35-53. (*Sempozyum*)
- Şıpka**, Şükran: “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, 2015, s. 47-58. (*Sınırlar*)
- Şıpka**, Şükran/**Özdoğan**, Ayça: Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, İstanbul, 2017.
- Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, auf Grund der 12. Auflage (2002) neu bearbeitet undergänzt, Zürich, 2009.
- Ürem**, Müge: “TMK m. 240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Talep Hakkı”, Aile Hukuku Derneği Mal Rejimi Çalıştayı 26-27 Nisan 2019, Ed. Şükran Şıpka, İstanbul, 2019, s. 25-29.
- Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir, 2007.
- Zeiter**, Alexandra/**Schlumpf**, Michael: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Zürich, 2016.
- Zeytin**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2020.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
b.	: bent
BAM.	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırmız
m.	: Madde
N.	: Paragraf numarası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa

GÜMRÜK HUKUKU'NDA -BİR İDARİ BAŞVURU YOLU OLARAK- GERİ VERME VE KALDIRMA*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.901917>

*Arş. Gör. Dr. Özgecan GÖK***

Öz

Gümrük Kanunu'nun 211'inci ve devamı maddeleri çerçevesinde fazla hesaplanan ya da tahsil edilen gümrük vergilerinin geri verme ve kaldırma yoluyla iade alınması ya da kaldırılması mümkündür. Bu bakımdan geri verme ve kaldırma hem bir idarî başvuru yolu hem de anlaşmazlıkları sona erdiren bir çözüm yoludur. Geri verme ve kaldırmanın kapsamı bakımından İthalde alınan Katma Değer Vergisi, Damga Vergisi ve TRT Bandrol ücreti özellik göstermektedir.

Bir ticaret politikası aracı olan ithalatta gözetim uygulaması sebebiyle geri verme ve kaldırma başvurularında bulunulması uygulamada sorunlu görülen bir konudur. Temin edil(e)meyen gözetim belgesi nedeniyle, gözetim referans fiyatı üzerinden beyanda bulunulması ve sonra daha düşük olan satış bedeli üzerinden verginin hesaplanması gerekçesiyle geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunulması Avrupa Birliği Hukuku göz önünde bulundurulduğunda başvuru sebepleri kapsamında değerlendirilemeyecek bir konudur. Ayrıca bu durumda kişiler hakkında Gümrük Kanunu'nun 235'inci maddesinin 1-c fıkrası gereğince yaptırım uygulanması mümkün değildir.

Geri verme ve kaldırma başvurusu, fazla tahakkuk ettirilen ya da ödenen verginin yükümlüye tebliğ edilmesinden itibaren üç yıl içinde yapılabilmektedir. Beyannamenin iptali halinde sürenin ne olduğu ve Gümrük Kanunu'nun

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Bölümü'nün ev sahipliğinde düzenlenen 34. Uluslararası Maliye Sempozyumu'nda, "Gümrük Hukuku'nda -Bir İdari Başvuru Yolu Olarak- Geri Verme ve Kaldırma: Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar" başlığı altında sunulan tebliğin güncellenmiş, genişletilmiş ve makaleye dönüştürülmüş halidir. Çalışmanın nüvesini oluşturan tebliğin genişletilmiş İngilizce metni için bkz. <http://www.maliyesempozyumu.org/wp-content/uploads/2019/11/34th-international-public-finance-conferenceturkey-proceedings-book.pdf>, (E.T. 16.09.2020, s. 272-279).

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı (e-posta: ozgecan.ordu@deu.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3296-2098> (Makalenin Geliş Tarihi: 21.01.2021) (Makale Gönderilme Tarihi: 27.01.2021/Makale Kabul Tarihi: 14.03.2021)

194'üncü maddesi kapsamında doğan telafi edici gümrük vergisi açısından üç yıllık sürenin nasıl hesaplanacağı hususunda tereddütler bulunmaktadır.

Geri verme ve kaldırma başvurusu neticesinde verilen karar Gümrük Kanunu anlamında bir idarî karardır. Bu yüzden Gümrük Kanunu'nun 242'inci maddesinde düzenlenen itiraz yoluna tabidir.

İdarenin, geri verme kararını üç ay içerisinde uygulamazsa talep üzerine, bu sürenin bitiminden itibaren tecil faizine göre hesaplanacak iade faizini ödemesi gerekmektedir. Ancak idarenin faiz ödemesi için özel bir düzenlemeye gerek bulunmadığı; sorumluluk hukuku ilkeleri gereği hukuka aykırı olarak alınan vergi geri verilirken, yükümlülerin uğrayacakları zararı tam yargı davası yoluyla giderilebilmeleri mümkün görülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Geri verme ve kaldırma, İade faizi, İthalde alınan Katma Değer Vergisi, TRT Banderol Ücreti, Damga Vergisi, İthalatta Gözetim Önlemi

REPAYMENT AND REMISSION OF DUTY -AS AN ADMINISTRATIVE REMEDY- IN CUSTOMS TAX LAW

Abstract

It is possible to accept return or removal over calculated or collected customs duties through repayment and remission in accordance with the articles 211 the rest of the Customs Code. In this respect, return and removal is both an administrative remedy and a key that ends disputes. Import-turn over Tax, Stamp Duty and TRT Banderol fees are taken into consideration, in terms of the scope of repayment and remission.

Repayment and remission remedies are problematic in practice due to the surveillance practice in imports, which is a trade policy instrument. Declarations on surveillance reference price based upon unacceptable surveillance certificate and then apply the return and remedies on the basis of the calculation of the tax on the lower sales price cannot be considered as a remedy reason in view of European Union Law. In this case, it is not possible to impose sanctions on the persons in accordance with Article 235, paragraph 1-c of the Customs Code.

Remedies of repayment and remission may be made within three years from the date of the notification of the tax that has been accrued or paid. There are hesitations about the period in case of cancellation of the declaration and how to calculate the three-year period for the compensatory customs duty under Article 194 of the Customs Code.

The decision given as a result of a remedy of repayment and remission is a administrative decision within the meaning of the Customs Code. Therefore, it is subject to the objection that enacted in Article 242 of the Customs Code.

If the administration does not implement the decision to return within three months, it is required to pay the interest on tax refunds, which will be calculated on deferment interest from the expiry of this period. However, there is no need for a special arrangement for the interest payment of the administration; within the frame of the liability law, it is possible to eliminate to the taxpayers' loss arising from contra legem (unlawfully collected) taxes, by full remedy action.

Keywords

Repayment and Remission, Interest on tax refunds, Import turnover tax, Banderol fee, Stamp duty, Surveillance measure on imports

GİRİŞ

Kanunen doğan vergi borcunun eksik ya da fazla hesaplanmış; bu hali ile tebliğ edilmiş ve nihayetinde ödenmiş olması mümkündür. Gümrük vergileri açısından bu yanlışlığın düzeltilmesi, Gümrük Kanunu'nun¹ 210'uncu ve devamı maddeleri çerçevesinde sağlanabilmektedir. Gümrük Kanunu'nun 211 ilâ 214'üncü maddelerinde geri verme ve kaldırmanın söz konusu olacağı haller düzenlenmekte; 215 ilâ 217'nci maddelerinde ise, geri verme ve kaldırma kapsamı dışında kalan gümrük vergisi miktarı; ödenecek (iade) faiz(i) ve vergilerin hatalı olarak kaldırılması ve geri verilmesi durumunda yeniden tahsil usûlü gibi talî/tamamlayıcı konular yer almaktadır. Bu düzenlemeler, yükümlülerin aleyhine gelişebilen durumları geri verme ve kaldırma yoluyla düzeltebilmeye imkân sağlamaktadır.

Bu çalışmada özel bir idarî başvuru yolu olarak geri verme ve kaldırmanın anlamı, kapsamı, başvuru sebepleri, diğer idarî yollardan farkı, geri verme usûlü ve sonuçları üzerinde durulmaktadır. Bu arada kapsam bakımından özellik gösteren vergi türleri ve başvuru sebepleri açısından idarenin uygulamaları ve mahkeme kararları çerçevesinde özellik gösteren ve sorunlu olduğu tespit edilen konulara değinilmektedir. Başvurunun sonuçları değerlendirilirken, müteselsil sorumluluk konusunda bir formül ortaya konmakta ve yükümlülere ödenecek iade faizi konusunda tespitlere yer verilmektedir. Sonuç ve değerlendirmelere yer verilerek çalışma sonlandırılmaktadır.

I. GENEL AÇIKLAMA

Gümrük Kanunu'nun 211 ilâ 214'üncü maddelerinde yazılı sebeplere dayalı olarak tahakkuk ettirilmemesi ya da tahsil edilmemesi gereken ithalat ve nadiren karşılaşılan ihracat vergileri² geri verilebilmekte ya da kaldırılmaktadır. Kanun'un gümrük yükümlülüğüne ilişkin dokuzuncu kısmının beşinci bölümünde yer alan bu çerçeve düzenlemeler Gümrük Yönetmeliği'nin 499 ilâ 511'inci maddeleri arasında yer alan düzenlemeler ile somutlaştırılmaktadır.

¹ 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu (R.G. 04.11.1999 – 23866).

² Günümüz itibarıyla ihracatta uygulanan tek gümrük vergisi, 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a dayanılarak çıkarılan 88/13384 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na dayalı olarak fındık, hayvan derileri ve postları ile pamuk üzerinden tahsil edilen Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu'dur. Açıklamalar için bkz. **Ertuğrul, Ömer**: "Gümrük İşlemlerinde İhracat Vergisi: Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu Kesintisi", (Gümrük ve Ticaret Dünyası, S. 96, Y. 2018/1, s. 34-39), s. 34 vd.

Gümrük Kanunu, Avrupa Birliği gümrük mevzuatına uyum sağlama yükümlülüğünün gerçekleştirildiği bir kanun olup, mevcut hali -şu anda Avrupa Birliği'nde yürürlükten kaldırılmış bulunan- Topluluk Gümrük Kodu'na³ büyük ölçüde uyumludur. Geri verme ve kaldırmaya ilişkin düzenlemeler ise, mevcut hali ile Topluluk Gümrük Kodu'nun 235 ilâ 242'nci maddeleri arasında yer alan düzenlemelere karşılık gelmektedir⁴. Bu düzenlemelerin temel sebebi, gümrük idaresinden ya da gümrük yükümlüsünden kaynaklanmasına bakılmaksızın verginin fazla tahakkuk ettirilmesi ya da tahsil edilmesi durumunda, uygun olmayan bir şekilde yapılan vergilendirmenin geçmişe bakılarak düzeltilmesi ve eşit bir vergilendirmenin sağlanması; ayrıca gümrük birliğine dahil olan ülkelerde de uygulama birliğinin sağlanmasıdır⁵.

II. GERİ VERME VE KALDIRMA KAVRAMI

Gümrük Kanunu'nun 210'uncu maddesi tanımlayıcı bir düzenlemedir. Geri verme, *“ödenmiş olan gümrük vergilerinin tamamen veya kısmen geri ödenmesi”*; kaldırma ise, *“henüz ödenmemiş olan gümrük vergisinin tama-*

³ 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü ile tesis edilen Topluluk Gümrük Kodu (Council Regulation (EEC) No 2913/92 of 12 October 1992 establishing the Community Customs Code, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/1992/2913/oj> , E.T. 18.03.2021).

⁴ Gümrük Kanunu'nun 210'uncu ve devamı maddelerinde düzenlenen geri verme ve kaldırmaya ilişkin genel açıklamalar için bkz. **Sarıoğlu**, Osman: Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme, (Türkiye Adalet Akademisi), Ankara, 2014, (İlk İnceleme), s. 80, 81; **Nural**, s. 618-623; **Avcı**, Işıl Emine: “Gümrük Vergilerinin Geri Verilmesi ve Kaldırılması”, (Gümrükte Uzman Görüş, Y. 9, S. 31, Ekim-Aralık 2011, s. 16-22), s. 17-21; **Gök**, Özgecan: Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Gümrük), s. 186, 187. Topluluk Gümrük Kodu'nda geri verme ya da kaldırmayı gerektirecek hallerin 236 ilâ 239'uncu maddeler arasında geri verme-kaldırma sınırı; faiz ve hatalı işlemler ile ilgili tamamlayıcı usullerin ise, 240 ilâ 242'nci maddeler arasında düzenlenmesi hakkında ayrıca bkz. **Witte**, Peter: Zollkodex Kommentar, 6. neubearbeitete Auflage, (Verlag C.H. Beck), München 2013, **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 1, s. 1751; **Summersberger**, Walter: Grundzüge des Zollrechts, (Lexis Nexis), Wien 2002, s. 159 vd.; **Tschiederer**, Sebastian: EU-Zollrecht, 2. aktualisierte Auflage, (LexisNexis), Wien 2011, s. 111. Ayrıca bkz. **Yumuk**, Hamit: “Gümrük Kanununa Aykırı Olarak Tahakkuk Ettirilen veya Tahsil Edilen Gümrük Vergilerinin Kaldırılması veya Geri Verilmesi”, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.8, S. 16, Aralık 2020, s. 537-576), (Kanuna Aykırılık), s. 547, 548.

⁵ **Pocinosnow**, Jennifer: Erlass und Erstattung von Einfuhrabgaben unter Darlegung praktischer Fälle, (http://www.hsbund.de/SharedDocs/Downloads/0_Abschlussarbeiten/FB_FIN/2010/03_10_pocinosnow.pdf?__blob=publicationFile , E. T. 05.04.2019), s. 5.

men ya da kısmen alınmamasına karar verilmesi” anlamına gelmektedir⁶. Bu tanımlamadan yola çıkarak gümrük vergisi açısından geri vermenin Genel Vergi Hukuku’ndaki iadeye; kaldırmanın ise, terkin ya da alacaktan vazgeçmeye benzediği görülmektedir⁷. Bir başvuru yolu olarak geri verme ve kaldırmanın ise, Vergi Usul Kanunu’nun⁸ 116’ncı ve devamında düzenlenen hata düzeltme yolu ile aynı işlevi gördüğü söylenebilir. Bu anlamda vergi idarelerinin hiç ödenmemesi gerektiği halde ödenmiş veya fazla ödenmiş vergileri iade etmesi vergilemede adaletin sağlanması ve vergi idarelerinin yükümlüler nezdindeki itibarının korunması açısından önemli ve vergi uyumuna katkı sağlayan bir uygulamadır⁹. Ancak Gümrük Kanunu’ndaki düzenlemelerde özellikle başvuru sebepleri ve başvuru süreleri gümrük

⁶ Ayrıca bkz. **Gültekin**, Raşit: Türkiye’de Dış Ticaretten Alınan Vergiler ve Eş Mali Yükümlülükler, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Edirne 2008, s. 54 vd.; **Nural**, Ali: 4458 Sayılı Gümrük Kanunu -Açıklamalı-, [Yeni Gümrük ve Ticaret Müfettişleri Derneği İktisadi İşletmesi Yayın No: 2 (33)], Ankara, 2015, s. 617, 618; **Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Türk Vergi Sistemi, 15. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2018, (Türk Vergi Sistemi), s. 348; **Oktar**, S. Ateş: Türk Vergi Sistemi, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2016, s. 275-277. Bu bakımdan kaldırmanın henüz tahsil edilmemiş olan vergi tutarının geçersiz olduğunu açıklama anlamında geldiği hakkında bkz. **Beck**, Michael/**Bendix**, Kristen/**Huchatz**, Wolfgang: Lehrbuch Abgabenrecht für Zölle und Verbrauchsteuern, (nwb Ausbildung), Herne, 2012, s. 72.

⁷ **Saygılıoğlu**, Nevzat/**Gerçek**, Adnan: Dış Ticaret ve Gümrük Kurallar, İşlemler ve Vergileme, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2007, s. 204; **Kaya**, Sezai: “Gümrükte Vergi Planlaması”, (Mali Çözüm Dergisi, S. 105, Mayıs-Haziran 2011, s. 109-126), s. 122, 123. Gümrük Kanunu’nda geri verme kavramının vergilerin iadesi kavramı yerine kaldırma kavramının ise terkin ve alacaktan vazgeçme kavramlarını kapsayacak şekilde kullanıldığı hakkında **Selen**, Ufuk: Gümrük İşlemleri ve Vergilendirilmesi, Güncellenmiş 10. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa, 2020, s. 248. Geri verme ve kaldırmaya “iade” ya da “düzeltme” denilebileceği hakkında bkz. **Ercan**, Tayfun: Gümrük Hukuku, (Ekin Yayınevi), Bursa, 2019, (Gümrük), s. 35. Terkin hakkında ayrıca bkz. **Tuncer**, Selahattin: Vergi Hukuku ve Uygulaması Cilt-I, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2003, (Vergi I), s. 64 vd.; **Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi), s. 709-711; **Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 9. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2018, (Vergi Hukuku); s. 336, 337; **Oktar**, S. Ateş: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2017, (Vergi Hukuku), s. 152 vd.; **Öner**, Erdoğan: Vergi Hukuku, 8. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2017, (Vergi Hukuku), s. 211, 212. Ayrıca 1615 sayılı Gümrük Kanunu kapsamında geri vermeye ilişkin açıklamalar için bkz **Çelik**, Binnur: Dış Ticaretten Alınan Vergilerden Gümrük Vergisi Hukuku, (İmaj Yayıncılık), Ankara 1999, (Gümrük), s. 87-90.

⁸ 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (RG. 10.01.1961-10703).

⁹ **Şahin**, Mustafa: Gümrük Vergileri, (Gazi Kitabevi), Ankara, 2019, (Gümrük), s. 91.

vergisinin özellikleri göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. Hata düzeltme başvurusunda ise, Vergi Usul Kanunu'na tâbi olan tüm vergiler dikkate alınarak hata türleri hesap hatası ve vergilendirme hataları şeklinde kategorize edilmekte ve düzeltme zamanaşımı süresi Vergi Usul Kanunu'nun 126'ncı maddesinde kural olarak tarh zamanaşımı süresi olarak belirlenmektedir.

Geri verme, kavramsal olarak daha önceden vergilerin ilgili kişilere bildirilmiş ve sonra bu bildirimle ödeme ile karşılık verilmiş olmasını gerektirmektedir. Daha önceden bildirilen vergi daha yüksek bir miktara tekabül ediyor ise ve ödeme kısmen gerçekleştirilmişse, geri vermenin tahsil edilen tutardan daha fazla olabilmesi mümkün değildir.

Kaldırmada ise, mevcut şartlara göre usûlüne uygun olarak hesaplanmış; ancak henüz tahsil edilmemiş bir vergi alacağı söz konusudur. Kanunda yazılı sebeplerin varlığı halinde kaldırma, henüz tahsil edilmemiş olan bu vergi tutarının kısmen ya da tamamen geçersiz olduğunu açıklama anlamına gelmektedir¹⁰. Bu özelliği itibarıyla “*vergilerin kaldırılmasına karar verilmesi*” aynı zamanda gümrük borcunu sona erdiren bir hal olarak Gümrük Kanunu'nun 208'inci maddesinde sayılmaktadır (GK. m. 208/c).

Kaldırma işlemine konu olan tahakkuk işleminin gümrük yükümlüsüne henüz tebliğ edilmemiş olması da söz konusu olabilmektedir¹¹. Geri vermede ise hali hazırda tahakkuk ettirilen verginin tahsili de söz konusu olduğu için aslında kavramsal olarak kaldırma işlemi de içinde barındıran bir işlemdir¹².

III. GERİ VERME VE KALDIRMANIN GÜMRÜK KANUNU'NDA YER ALAN DİĞER İDARİ BAŞVURULARLA İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak

Gümrük Kanunu özel bir vergi kanunu olmasının yanında, bir idarî usul kanunu olma niteliği de taşımaktadır ve kanunda belli idarî başvuru yollarına yer verilmektedir. Geri verme ve kaldırma başvurusunun yanında Gümrük Kanunu'nun 6'ncı maddesi kapsamında karar talebinde bulunma ve 242'nci madde kapsamında itiraz başvuruları bulunmaktadır. Geri verme ve kaldırma başvurusunun bu yollarla ilişkisine, bezerliklerine ve ayrılan yönlerine değinmekte yarar görülmektedir. 2011 yılında mevzuata eklenen uzlaşma baş-

¹⁰ Beck/Bendix/Huchatz, s. 72; Pocinosznaw, 6.

¹¹ Pocinosznaw, 6.

¹² Pocinosznaw, 6.

vurusu da bir idarî başvuru yoludur; ancak geri verme ve kaldırma başvurusu ile kesişen yönlerinin olmaması sebebiyle uzlaşma bakımından açıklamalarda bulunulmamaktadır.

2. İdarî Karar Talebi ile İlişkisi

Geri verme ve kaldırma ile idarî karar talep etme arasındaki ilişkiyi ortaya koyabilmek için öncelikle idarî kararın ne olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Karar kavramı Gümrük Hukuku'nun merkezî unsurunu oluşturmaktadır. Gümrük idaresi ile kişiler arasında çıkması muhtemel anlaşmazlığı ya da bu uyuşmazlığı hukuk âleminde ortaya koyan karar¹³ kavramı Gümrük Kanunu'nun 3'üncü maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre karar, *“bağlayıcı tarife ve menşe bilgileri de dahil olmak üzere, gümrük idaresinin, gümrük mevzuatı ile ilgili olarak belirli bir konuda bir veya daha fazla kişi üzerinde hukuki sonuç doğuracak idari tasarrufunu”* ifade etmektedir. Yapılan bu tanımdan hareket edildiğinde karar kavramının aslında bireysel idarî işlemlere karşılık geldiği görülmektedir¹⁴. Gümrük Kanunu'nda “karar” teriminin kullanılmasının sebebi, Topluluk Gümrük Kodu'nda kullanılan İngilizce “*decision*”, Almanca “*Entscheidung*” teriminin doğrudan Türkçe'ye çevrilmiş olmasıdır. İdarî karar esas itibarıyla bir idarî işlemdir¹⁵.

¹³ İdarî kararın Avrupa Birliği gümrük hukukunun merkezî unsurunu oluşturması hakkında açıklamalar için bkz. **Summersberger**, s. 16. Genel vergi uyuşmazlıkları bakımından uyuşmazlığın kaynağının bir idarî işleme dayanmasının gerekliliği hakkında bkz. **Şenyüz, Doğan**: Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları, 10. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2017, s. 326. Vergi idaresinin tesis ettiği ve iptal davasına konu olabilecek idarî işlem örnekleri hakkında ayrıca bkz. **Karakoç**, Genel Vergi, s. 831; **Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, (Vergi Yargılaması), s. 179; **Yüce**, Mehmet: Vergi Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2017, s. 171, 172.

¹⁴ Topluluk Gümrük Kodu kapsamında da açıklamalar için bkz. **Witte**, Art. 4 Rz. 2, s. 66; **Witte, Peter/Wolffgang**, Hans-Michael: Lehrbuch des Europäischen Zollrechts, 7. überarbeitete und aktualisierte Auflage, (NWB Verlag), Herne 2012, s. 27; **Lux**, Michael: Das Zollrecht der EG (Handbuch für Praktiker mit Musterfällen und Praxistipps), 3. Auflage, (Bundesanzeiger Verlag), Köln 2009, s. 71; **Fuchs**, Karl: Bundesabgabenordnung und EG- Zollrecht, (Linde Verlag), Wien 2006, s. 62, 63; **Summersberger**, s. 16; **Beck/Bendix/Huchatz**, s. 45. Ayrıca idarî işlemin Alman Hukuku kapsamında değerlendirilmesi için bkz. **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I., İkinci Baskı, (Ekin Yayınları), Bursa 2009, s. 555-557.

¹⁵ **Sarıslan**, Osman: “Gümrük Uyuşmazlıklarında İdari İşlemlerin Nitelendirilmesi Sorunu: Hak Arama Hürriyeti Kapsamında Mülkiyet Hakkının Özüne İlişkin Sakıncalar”, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 2018, Sayı: 11, s. 341-373), (Gümrük Uyuşmazlıklarında İdari İşlem), s. 350; **Gök**, Gümrük, s. 241. Nitekim Türk

Ancak genel ve yaygın kullanımın idarî işlem olduğu göz önünde bulundurulduğunda idarî kararları, idarî işlemlerin Gümrük Hukuku'ndaki özel görünüş şekli olarak nitelendirmek gerekir¹⁶. Bu özelliği ve kanundaki tanım gereği idarî kararların gümrük makamları tarafından, kamu gücünün kullanılarak tek taraflı bir irade beyanı ile kamu hukuku kurallarına göre tesis edilen; kesin ve yürütülmesi zorunlu (kendiliğinden uygulanabilir/icraî) işlem olmaları ve ilgililer hakkında bir hukukî sonuç doğurmaları gerekmektedir¹⁷. Bu özelliği taşımayan bir kararın ya da gümrük mevzuatının

Hukuku'nda da "idarî işlem" kavramı yerine "idarî karar" terimi tercih edilebilmektedir. İdarenin tek yanlı olarak, hukukî durumda değişiklik yapan, hukukî ilişkileri etkileyen karar alma yetkisinin icraî karar alma yetkisi olarak adlandırılması ve idarenin bu yetkiye dayanarak aldığı kararlara da icraî karar ya da idarî karar denmesi hakkında **Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2017, s. 235 vd. İdarî karar kullanımı için bkz. **Günday**, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, (İmaj Yayınevi), Ankara 2011, s. 123; **Gözler**, İdare, s. 578 vd. İdarî davaların nedeninin bir karar olması hakkında bkz. **Alan**, Nuri: "İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları", (Danıştay Dergisi, Y. 13, S. 50-51, Ankara 1983, s. 22-50), s. 23. İdarî işlemin idarî makamlarca yapılma, hukukî sonuç doğurmaya yönelik olma, kamu gücü kullanımıyla gerçekleştirilme, tek taraflı olma; kanunîlik karinesinden yararlanma özellikleri hakkında bkz. **Gözübüyük**, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 36. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2017, s. 143 vd.; **Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku C.II. İdarî Yargılama Hukuku, 9. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2017, s. 278 vd.; **Yayla**, Yıldızhan: İdare Hukuku, (Beta Yayınevi), İstanbul 2009, s. 108; **Tan**, İdare, s. 232, 277; **Günday**, s. 124, 125; **Gözler**, İdare, s. 549-553 ve 566-568; **Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, (Ekin Yayınları) Bursa 2016, s. 262-266 ve 295; **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2016, s. 376 vd.; **Sancakdar**, Oğuz/**Us**, Eser/**Kasapoğlu Turan**, Mine/**Önüt**, Lale Burcu: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2015, s. 335; **Eren**, Hayrettin/**Şişman**, Güliden: "İdari İşlem Açısından Vergilendirme Sürecine Bakış" (Prof. Dr. Muallâ Öncel'e Armağan, Cilt I, Ankara 2009, s. 747-813), s. 750-756. Ayrıca iptal davasına konu olmak bakımından idari işlemin taşınması gerektiği, idare tarafından tesis edilme, kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılması; tek yanlı irade ürünü olması; kesin ve yürütülebilir olması hakkında bkz. **Sarıaslan**, İlk İnceleme, s. 163-165. Ayrıca bkz. **Çağlayan**, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2015, s. 389-404.

¹⁶ **Witte/Wolffgang**, s. 27; **Lux**, s. 71. İdarî kararın Avrupa Birliğinin idarî işlemlerini ifade etmek üzere kullanılan bir terim olması hakkında bkz. **Tschiederer**, s. 117. Ayrıca bkz. **Sarıaslan**, Gümrük Uyuşmazlıklarında İdarî İşlem, s.350; **Gök**, Gümrük, s. 241 vd.

¹⁷ Gümrük Hukuku'nda idarî kararların taşınmaları gereken bu unsurlar hakkında açıklamalar için bkz. **Summersberger**, s.16-18; **Sarıaslan**, Gümrük Uyuşmazlıklarında İdarî İşlem, s. 348; **Armağan**, Aylin/**Seyhan**, Serkan: "Gümrük Kanunu'nda İdarî İtiraz Yolu", (Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.2, 2020, s. 441-460), s. 452. Ayrıca

uygulanmasına ilişkin düzenleyici işlemlerin idarî karar olarak değerlendirilip, itiraz denetimine ya da iptal davası yoluyla yargı denetimine tâbi tutulabilmesi mümkün değildir¹⁸.

Gümrük mevzuatının uygulanması ile ilgili kararlar talep üzerine ya da re'sen gümrük idaresi tarafından alınabilmektedir. Bu anlamda başka idareler tarafından gümrük mevzuatı ile ilgili alınan kararların -kesin, yürütülmesi zorunlu olsa dahi- Gümrük Kanunu anlamında idarî karar sayılabilmesi mümkün değildir¹⁹. Aynı şekilde gümrük idaresinin gümrük mevzuatının uygulanması ile ilgili olmayan işlemleri de idarî karar sayılmamaktadır²⁰.

idarenin iradesinin tek başına hukukî sonuçlar yaratabilmesi ve bu irade karşısında ilgililerin taraf sıfatıyla herhangi bir iradelerinin bulunmaması durumunu ifade eden idarî işlemlerin tek yanlılığı hakkında bkz. **Erkut**, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, (Danıştay Yayınları), Ankara 2015, 14 vd.; **Özay**, İl Han; Günışığında Yönetim, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2004, s. 490. Kamu gücü ölçütünün kullanılması idari kararın idare hukukunun konusunu oluşturmasına işaret etmektedir. Burada kullanılan kamu gücünün yalnızca emreden, yasaklayan, kısıtlayan ve de sınırlayan bir güç olmadığı; topluma edimler ve hizmetler de sunan ve fakat yine de özel hukuku aşan bir hukukî ilişkiyi ifade ettiği ve bu anlamda idarî karar alırken kullanılan kamu gücünün içeriğinin genişletildiğine ilişkin açıklamalar hakkında bkz. **Günday**, s. 30, 31.

¹⁸ **Kılıç**, Kaptan: Kaçakçılık Suçları Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, (Gazi Kitabevi), Ankara 2013, s. 339. Gümrük mevzuatının uygulanmasına ilişkin olmayan, örneğin idarenin memurlar hakkında tesis ettiği işlemlerin idarî karar olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı hakkında bkz. **Yumuk**, Hamit: "Gümrük Hukukunda Zorunlu İdari İtiraz", (Yedinci Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu -Bildiri Kitabı-, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, s. 173-224), (İtiraz), s. 193, 194. Ayrıca dava edilebilir idarî işlemin özelliklerinden yola çıkılarak yapılan açıklamalar için bkz. **Alan**, s. 26-29.

¹⁹ Dahilde işleme izin belgesi Ekonomi Bakanlığı tarafından iptal edildiğinde bu işlemler ilgili Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesindeki itiraz yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı örneği için bkz. **Kılıç**, s. 337.

²⁰ Örneğin Vergi Usul Kanunu'nun; Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun uygulamasıyla ilgili işlemlerin idarî karar sayılmayacağı hakkında Bkz. **Kılıç**, s. 337 vd. Konu itibarıyla idarî karar kapsamına girecek konuların tartışıldığı kararlar için bkz. Dahilde işleme izin belgesi kapsamında ithal edilen eşyalara ait aslı ve fer'î kamu alacaklarına karşılık teminat gösterilmesi, aksi takdirde 6183 sayılı kanun uyarınca işlem tesis edileceği yolundaki işlemin, 6183 sayılı kanun uyarınca tesis edilen kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olarak değerlendirilmemesi gerektiği; söz konusu işlemin Gümrük Kanunu'nun 202'nci maddesi uyarınca tesis edildiği ve m. 3/5 kapsamında idari karar niteliğinde olması nedeniyle idari itiraza tabi olduğuna yönelik karar için bkz. Dş. 7. D. 02.11.2004 tarih ve E. 2001/4532; K. 2004/2710, (**Kılıç**, s. 338). "... ek olarak tahakkuk ettirilen gümrük vergi ve resimleri üzerinden karara bağlanan para cezalarının, ithalatçı firmadan tahsil edilememesi

Kararın olumlu ya da olumsuz olabilmesi mümkündür. Kararın olumlu olması, o karara muhatap olan kişilerin lehine olmasını; olumsuzluğu ise, ilgili kişilerin aleyhine olması anlamına gelmektedir (GK. m. 7)²¹.

Geri verme ve kaldırma taleplerine ilişkin başvurular Gümrük Kanunu'nun 6'ncı maddesi anlamında bir idarî karar başvurusudur. Bu bakımdan geri verme ya da kaldırma talebinin reddine ilişkin karara karşı itiraz yoluna başvurulabilmesi mümkündür²².

üzerine, firmanın ithalat işlemlerini gümrük müşaviri sıfatıyla yürüten davacıdan istenilmesi yolunda tesis edilen davaya konu işlemin Gümrük Kanunu kapsamında alınmış yeni ceza kararı olmayıp 6183 sayılı kanun uyarınca tesis edildiğinden Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesinde düzenlenen idarî itiraz prosedürüne tabi olmadığı; bu nedenle idari itiraz yoluna başvurmaksızın dava açma süresi içerisinde, doğrudan vergi mahkemesinde dava açılmasının yargılama hukuku kuralları gereği olduğu" yönünde bkz. Dş. 7. D. 09.10.2007 tarih ve E. 2007/1745; K. 2007/4096, (Kılıç, s. 339); Aynı yönde bkz. Dş. 7. D. 14.3.2007 tarih ve E. 2005/4220; K. 2007/1261, (www.kazanci.com.tr, E.T. 31.07.2017). "6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tesis edilen işlemlere karşı, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda öngörülen idari itiraz prosedürünün uygulanması mümkün olmadığı... olayda, 6183 sayılı Kanunun 56'ncı maddesi hükmü uyarınca tesis edildiği tartışmasız olan ve idari itiraza tabi olmadığı belirtilen işleme karşı 4458 sayılı Kanunun 242'nci maddesinin olay tarihindeki şekline göre yapılan başvuruların dava açma süresini etkilemesinin mümkün olmadığı" hakkında bkz. Dş. 7. D. 10.03.2015 tarih ve E. 2012/317; K. 2015/ 591, (Özel Arşiv). "3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının d bendinde öngörülen istisnalardan yararlanılması suretiyle vergi ziyana neden olduğundan bahisle hesaplanan vergi ziyayı cezasının emanet hesabına alınarak ödenmesi gerektiği yolunda tesis edilen işlemin idarî karar olarak nitelendirilerek idarî mercie tevdiine karar verilen olayda, gümrük mevzuatı sayılmayan düzenlemelere dayanılarak tesis edilen işlemlerin idarî karar olarak değerlendirilemeyeceği" hakkında bkz. Dş. 7. D. 6.4.2009 tarih ve E. 2008/2252; K. 2009/1803, (emsal.danistay.uyap.gov.tr, E.T. 4.10.2017). Aynı yönde bkz. Dş. 10. D. 2.5.2002 tarih ve E. 2001/1092; K. 2002/1731 (bkz. **İşıklar**, Celâl: "İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usûlü", (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, S. 6, Temmuz 2011, s. 69-140, s. 96, dn. 64). İdarî karar bakımından gümrük mevzuatının kapsamı hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. **Kılıç**, s. 346, 347; **Gök**, Gümrük, s. 243-245.

²¹ **Kılıç**, s. 335; **Gök**, Gümrük, s. 245.

²² Gümrük idaresinin -211'inci madde kapsamında- kendiliğinden geri verme ve kaldırma işlemini gerçekleştirmesi gerektiği ve buna rağmen işlem tesis etmemesi durumunda yapılacak başvurunun, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10'uncu maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; ancak bu halde dahi incelemenin itiraz için geçerli olan otuz gün içinde (GK m. 242/2) değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Candan**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Yedinci Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, (İdari Yargılama), s. 450, 451. Ancak bu durumda dahi gümrük idaresinin tesis edeceği işlemin bir idarî karar

Tek başına geri verme, Gümrük Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 5'inci fıkrası anlamında bir karar değil; temelinde yatan geri vermeye ilişkin kararın uygulama işlemidir²³. Bu tespit, geri verme talebinin kısmen ya da tamamen reddedilmesi durumunda anlam kazanmaktadır. Çünkü bu şekilde, geri verme işleminin temelinde dayanak oluşturan idarî karar belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu kararın Gümrük Kanunu'nun 6'ncı maddesi kapsamında yazılı olması; ilgisinin aleyhine olacağı için gerekçeli olması ve bu karara karşı başvuru yollarının da kararda bildiriliyor olması gerekmektedir²⁴.

Kaldırma ise, Gümrük Kanunu anlamında bir karardır. Kaldırmada, ödenecek gümrük vergileri esasen tahakkuk ettirilmiş ve tebliğ edilmiş; ancak henüz (kısmen ya da tamamen) tahsil edilmemiştir²⁵. Bu bakımdan kaldırma kararı, etkisini ilk alınan tahakkuk kararını ortadan kaldıracak şekilde gösteren yeni bir idarî işlemdir.

3. İtiraz Başvurusu ile İlişkisi

Geri verme ve kaldırma ile itiraz birbirinden farklılık arz eden başvuru yollarıdır. İtiraz, idarî kararlar ile gümrük vergileri ve para cezaları için başvurulabilen ve genel hatları ile Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesinde düzenlenen hiyerarşik bir denetim yoludur. Gümrük Kanunu anlamında geri verme ve kaldırmanın ise, gümrük idaresinden karar talebinde bulunmanın özel bir görünümü olduğu göz önünde bulundurulduğunda hukukî nitelik itibariyle İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10'uncu maddesi ile benzerlik gösterdiği görülebilir²⁶. İtiraz başvurusu ise, -kapsamına idarî kararları alması itibariyle- nitelik bakımından aynı kanunun 11'inci maddesinde dü-

olması sebebiyle tâbi olacağı kanun hükmünün Gümrük Kanunu'nun 6'ncı maddesi olması gerekeceği için bu görüşe katılabilmek mümkün görülmemektedir. Aksi takdirde uygulamada zorunlu olarak değerlendirilen itiraz yoluna ilişkin sürelerin ve dava açma sürelerinin kaçması gündeme gelebilir.

²³ Avrupa Topluluğu Gümrük Kodu'nun 235'inci maddesinde yapılan geri verme kavramına ilişkin bu yönde yapılan tespit için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 235, Rz. 4, s. 1759.

²⁴ **Witte/Alexander**, Art. 235, Rz. 4, s. 1759; **Pocinosznaw**, 6.

²⁵ Avrupa Topluluğu Gümrük Kodu'nun 235'inci maddesinde yapılan kaldırma kavramına ilişkin bu yönde yapılan tespit için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 235, Rz. 5, s. 1759.

²⁶ Geri verme ve kaldırma başvurusunun hukukî niteliğinin karar talebinin özel bir görünümü olduğu ve karar talebinin de İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10'uncu maddesinde yer alan genel düzenlemenin özel bir görünümü olduğuna yönelik açıklamalar için bkz. **Gök**, Gümrük, s. 188, 246, 247.

zenlenen “üst makamlara başvurma” düzenlemesine benzemektedir²⁷. Bununla birlikte uygulamada itiraz, zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirilmektedir²⁸.

Geri verme ve kaldırma talebinin bir tahakkuk kararı üzerine itiraz süresi içerisinde ileri sürülmesi durumunda itiraz başvurusundan farkının ve itiraz başvurusu ile ilişkisinin ortaya konması gerekli görülmektedir. Böyle bir başvurunun öncelikle geri verme ve kaldırma mı yoksa itiraz başvurusu

²⁷ İtiraz başvurusunun İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11'inci maddesindeki düzenlemeye benzerliği ve hukukî niteliği hakkında açıklamalar için bkz. **Gök**, Gümrük, s. 311, 312. Ayrıca bkz. **Armağan/Seyhan**, s. 451.

²⁸ Son yıllarda Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesinde düzenlenen itiraz yolunun zorunlu olmadığına yönelik görüşler yüksek sesle dile getirilmeye başlanmış, her ne kadar uygulamada zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirilmeye devam etse de, başvurunun zorunluluğu tartışmalı bir konu haline gelmiştir. İtiraz hakkı, Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında alınan 1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın 28'inci maddesi gereğince uyumun sağlanması gereken bir konudur. Bu da iç hukukta Topluluk Gümrük Kodu'nun 243'üncü maddesinde yer alan hukukî başvuru yoluyla ilgili çerçeve düzenlemenin çeviri yoluyla 242'nci maddedeki gibi formüle edilmesi suretiyle gerçekleştirilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Kofisa – İtalya Kararı* olarak bilinen kararda Topluluk Gümrük Kodu'nun 243'üncü maddesinin lafzından itiraz (hukukî başvuru) yolunun ilk aşamada başvurulması zorunlu bir yol belirlemediği; bu maddede itiraz kapsamında hukukî başvuru yolunun ana hatlarıyla modelinin çizildiği, böylece üye devletlerin millî hukuklarına göre doğrudan mahkemelere başvurma yolunun kapatılmadığı; üye ülkeler içerisinde gümrük işlemleri bakımından idarî başvuru yolunun uyumlaştırılması açısından böyle bir düzenleme getirildiği ve itiraz yolunun zorunlu olup olmayacağı konusundaki belirlemenin üye devletlerin iç hukuklarda yapılması gerektiği belirtilmiştir (ABAD 5. D. 11.01.2001 tarih ve C-1/99, (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-1/99>), E.T. 20.01.2021). Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesinde ise itiraz hakkının zorunlu mu yoksa ihtiyarî bir başvuru yolu olduğuna ilişkin açık bir belirleme yapılmamaktadır. Bu nedenle düzenlemenin zorunlu olma noktasındaki belirsizlik ve mevzu hukuk açısından kural olarak idarî başvuruların ihtiyarî olması nedeniyle itiraz başvurusunun zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Nitekim bu hususu tespit eden Bölge İdare Mahkemesi Kararı da bulunmaktadır. (Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. VDDK. 17.01.2018 tarih ve E. 2017/2679; K. 2018/24 sayılı kararı, (Özel Arşiv), karara işaret eden çalışma için bkz. **Sarıaslan**, Gümrük Uyuşmazlıklarında İdarî İşlem, s. 361 ve 370. İtiraz yolunun zorunlu olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 12. Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2018, s. 284; **Kağıtçıoğlu**, Mutlu: “İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Merci Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 30, Nisan 2017, s. 237-271), s. 246; **Armağan/Seyhan**, s. 450; Konunun tartışılması hakkında ayrıca bkz. **Gök**, Gümrük, s. 309-312; **Yerci**, Cahit: Yorum ve Açıklamalarla Gümrük Hukuku ve Davaları, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), 2020, (Gümrük), s. 723, 724.

olarak mı değerlendirileceği iki başvuru yolunun özelliklerini ortaya koyarak açıklanabilecek bir husustur. Özellikle kişilerin dilekçelerini belirsiz kavramlar kullanarak formüle etmeleri durumunda, dilekçeyi eline alan memurun bunu itiraz mı yoksa geri verme/kaldırma talebi olarak mı algılaması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konuda değerlendirme hukukî koruma sağlayacak ve muhtemel anlaşmazlıkları hızlı bir şekilde çözüme kavuşturacak şekilde yapılmalı; bu sayede uygun düşen süreç belirlenmelidir²⁹.

İtiraz süresi içinde bulunulan geri verme ve kaldırma talebinde (ek) tahakkuk kararının hukuka uygunluğu hakkında argümanlar ileri sürülmekte ise, bunu itiraz olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ayrıca Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesinde düzenlenen geri verme ve kaldırma sebebi, aynı zamanda itiraz incelemesi kapsamında da değerlendirilebilecek konular içermektedir. Bu maddeye dayanılacak olması halinde itiraz yoluna başvurmak, -hem itiraz denetimi ile işlemin uygulamasının askıya alınması sağlanabildiği hem de dilekçenin içeriğinde sebebe uygunluğu somutlaştırma yükünün daha az olması sebebiyle -geri verme ve kaldırma başvurusuna göre daha pratik ve yükümlünün lehine olacaktır. Ayrıca itiraz denetimi işletilmiş olduğunda yargı aşamasına daha çabuk geçilebilmektedir. 212 ila 214'üncü maddelerde yer alan sebeplerin varlığı halinde ise, talebin muhakkak geri verme/kaldırma talebi olarak anlaşılması ve ele alınması gerekmektedir. Çünkü itiraz denetimi sonucunda verilecek karar bu sebepler açısından sonuç doğuramayabileceği için bu konuda ayrıca karar verilmesi gerekmektedir³⁰. Bu noktada gümrük yükümlüsünün başvuracağı yolu belirlerken iki başvuru yolunun niteliğinin, yöneldiği işlemin, bu işleme karşı başvuru yollarına ilişkin sürenin geçip geçmediğinin ve işlemin sonuçlarının göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

İtiraz süresi geçtikten sonra ve fakat geri verme ve kaldırma süresi içerisinde yapılan başvuruların ise, nasıl gerekçelendirildiğine bakılmaksızın kaldırma başvurusu olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan itiraz süresi geçtikten sonra yapılan itirazların geri verme ve kaldırma sebepleri yönünden değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır³¹.

²⁹ **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 16, s. 1755, 1756.

³⁰ **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 17, s. 1756.

³¹ İtiraz süresi geçtikten sonra yapılan itiraz başvurularının geri verme ve kaldırma kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 18, s. 1756.

İtiraz ya da dava süreci devam etmekte iken ayrıca geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunan kişinin bu başvuruda hukukî yararı bulunmamaktadır. Ancak başvuru sebebine dayalı olarak özellikle 212'nci ve devamı maddelerindeki sebepler bakımından farklı bir derlendirmenin yapılmasının gerektiği durumlarda ise, yeni bir talepte bulunulması mümkündür ve bu talebin ayrıca ele alınması gerekmektedir³².

IV. GERİ VERME VE KALDIRMANIN KAPSAMI

A. Genel Olarak

“Gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılmasına ilişkin hükümler bu Kanun kapsamında tatbik edilen para cezaları için de uygulanır” (GK. m. 210/2). Gümrük Kanunu'nun 210 'uncu ve 221 ila 214'üncü maddelerinin lafzından gümrük vergilerinin geri verme ve kaldırma kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Gümrük vergileri için kanunda yapılan tanıma bakıldığında bunlar ithalat ve ihracat vergileridir. Bununla birlikte millî bir ithalat vergisi olarak ithalatta alınan katma değer vergisi (KDVK m. 48) ve tüketime dayalı vergiler arasında ithalatta da alınan bir vergi olarak özel tüketim vergisi de (ÖTVK. m. 16/3) mevzuatlarında yer alan özel düzenlemeler gereği Gümrük Kanunu'nun geri verme ve kaldırma hükümleri kapsamındadır. Aynı durum gümrük vergisi tanımına girmeyen TRT Bandrol Ücreti açısından da geçerlidir.

Gümrük vergilerinin yanı sıra kanunen ödenmemesi gerektiği halde, ödendiği belirlenen idarî para cezaları da geri verilmekte; kanunen tahakkuk ettirilmemesi gerektiği halde tahakkuk ettirilen para cezaları ise, kaldırılmaktadır³³.

³² Topluluk Gümrük Kodu'nun 237'nci ve devamı maddeleri kapsamında bu yönde yapılan değerlendirme için bakınız. **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 19, s. 1756.

³³ Bununla birlikte söz konusu düzenlemede gümrük vergilerinin geri verilmesi halinde, bu vergilere ilişkin olarak tahsil olunan para cezalarının mutlak surette geri verme zorunluluğunun bulunmadığı; eğer Gümrük Kanunu hükümleri çerçevesinde bir kabahatin işlenmesi söz konusu ve idarî para cezasının kesilmesi kanunî bir temele dayanıyor ise, bunların geri verme veya kaldırmaya tâbi tutulmayacağı hakkında bkz. **Şenol**, Coşkun: “Gümrük Vergileri ve Para Cezalarında Geri Verme ve Kaldırma”, (Gümrük Dünyası, Y. 2012/3, S. 74, s. 27-36), s. 28. Ayrıca gümrük idaresinin idarî para cezası kesmesine ilişkin kararı idarî yargı yoluna başvurularak kesinleştikten sonra tahsil edilse dahi bu tutarın geri verilmesinin mümkün olduğu, bu tür bir yaklaşımın mülkiyet hakkına haksız müdahaleyi önleyeceği hakkında bkz. **Kılıç**, s. 714; **Ercan**, Tayfun: Türk Hukukunda Gümrük Kabahatleri, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2016, (Kabahatler), s. 100, 101.

Gümrük Kanunu'nun 215'inci maddesinde geri verme ve kaldırma işlemine tâbi olmayacak gümrük vergileri miktarının belirlenmesi konusunda önceden Bakanlar Kurulu'na verilen yetki 2009/15481 sayılı karar ile kullanılarak, bu miktar Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 106'ncı maddesinde yer alan tahsil imkânsızlığı sebebiyle terkin edilebilecek miktara eşitlenmiştir³⁴. Bu tutar ise 2020 yılı itibariyle 20-TL dir.

B. Geri Verme ve Kaldırmada Özellik Arz Eden İthalat Vergileri

1. Genel Olarak

Gümrük Kanunu'na göre, gümrük vergileri "*ilgili mevzuat uyarınca eşyaya uygulanan ithalat vergilerinin ya da ihracat vergilerinin tümünü*" ifade eder (GK m. 2/8-a). İthalat ve ihracat vergileri ise, eşyanın ithalinde ya da ihracında ödenecek gümrük vergisi ile diğer eş etkili vergiler ve malî yükler ile tarım politikası veya tarım ürünlerinin işlenmesi sonucu elde edilen bazı ürünlere uygulanan özel düzenlemeler çerçevesinde ithalatta alınacak vergileri ve diğer malî yükleri ifade etmektedir (GK. m. 3/9, 10).

Eş etkili vergiler ve malî yüklerin ise, neler olduğu Gümrük Kanunu'nda yer almamaktadır³⁵. Bununla birlikte ilgili kanun ya da düzenlemelerde

³⁴ 29.9.2009 tarih ve 2009/15481 sayılı, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında Karar, (RG. 7.10.20009 -27369) Bkz. m. 130/1-b.

³⁵ Geçmişte gümrüklerde alınan başkaca vergiler hakkında ayrıca bkz. **Bulutoglu**, Kenan: Türk Vergi Sistemi, Değişik ve Genişletilmiş Altıncı Basılış, (Ongun Kardeşler Matbaacılık), Ankara 1979, s. 261-274; **Çelik**, Gümrük, s. 18. Dampinge karşı vergi hakkında bkz. **Tuncer**, Vergi I, s. 338 vd; İthalde alınan ÖTV hakkında ayrıca bkz. **Tuncer**, Selahattin: Vergi Hukuku ve Uygulanması Cilt-II, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2006, (Vergi II), s. 207 vd. İthalde alınan harcama vergileri ve diğer malî yükümlülükler hakkında bkz. **Öner**, Erdoğan: Türk Vergi Sistemi, 8. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2017, (Türk Vergi Sistemi), s. 333-335. İthalde alınan katma değer vergisinin temel unsurları hakkında bkz. **Çelik**, Binnur: "İthalde Alınan Katma Değer Vergisi ve Günümüzdeki Önemi", (Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 1999, s. 117-125), (İthalde Alınan KDV), s. 117-121; **Yerci**, Cahit: Gümrük Mevzuatı Dahil Tüm Yönleriyle İthalatta KDV, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2005, (İthalatta KDV), s. 21 vd.; **Şahin**, Gümrük, s. 111, 112. Ayrıca bkz. **Kılıç**, s. 354; **Candan**, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Dördüncü Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2018, (Amme Alacakları), s. 9, 10; **Gültekin**, s. 160 vd.; **Şahin**, Mustafa: "Gümrük Vergileri ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar", (Vergi Dünyası Dergisi, S. 414, Şubat 2016, s. 152-157), (Sorunlar), s. 154. Gümrük Kanunu'nda gümrük vergileri için yapılan tanımın oldukça geniş gibi gözüktüğü; ancak, gümrük idarelerince alınan tüm vergileri kapsamadığı, gümrük idareleri tarafından tahsil edilen ya da gümrükte tahsil edilen Katma Değer Vergisi'nin matrahına giren vergilerin hepsinin eşyaya uygulanmadığı;

Gümrük Kanunu ya da gümrük idaresi ile kurulan bağlantılardan, bu vergi ve malî yüklerin *ithalat vergisi* olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşılmaktadır. Ayrıca bir verginin ya da malî yükün gümrük vergisi ile eş etkili olduğunu tespit edebilmek için gümrük vergisinin ne gibi etkilerinin olduğuna bakılması gerekmektedir. Gümrük vergisi, üzerinden alındığı eşyaya göre değişiklik gösterebilmekle birlikte, üretim, tüketim, gelir, koruma, ticaret ve gelirin yeniden dağıtılması konularında etki göstermektedir³⁶. Bu konulardan biri ya da birkaçı üzerinde etkili olan bir vergi ya da ek malî yük, -dahilde bir benzeri alınmamak/uzantısı bulunmamak şartıyla- hangi isim altında alınırsa alınsın ithalat vergileri kapsamında değerlendirilmelidir³⁷.

Damga Vergisi'nin de kâğıtlar üzerinden alınması sebebiyle gümrük vergisi tanımına dahil edilemeyeceği hakkında bkz. **Yayla**, Sefa: "Vergi Usul Kanunu Açısından Gümrük İdareleri Tarafından Alınan Vergiler ve Resimler", (Gümrük Dünyası, Y. 2016/3, S. 90, s. 23-27), (Vergi), s. 27.

³⁶ Gümrük vergisinin ekonomi/ticaret politikası bakımından etkileri hakkında ayrıca bkz. **Sidal**, Hulusi: Gümrük Politikası Mevzuatı ve Tatbikatı Cilt: 1, (İstanbul İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi Yayını No. 39-196), (Berksoy Matbaası), İstanbul 1966, s. 50 vd.; **Çelik**, Gümrük, s. 13, 14; **Yerci**, İthalatta KDV, s. 27, 28; **Saygılıoğlu/Gerçek**, s. 131; **Bulut**, Mustafa Kemal: "Gümrük Vergisine Eş Etkili Vergi ve Mali Yüklerin Gümrük Vergisi Tanımı Kapsamında Değerlendirilmesi", (Vergi Dünyası Dergisi, S. 334, Ekim 2007, s. 139-148), s. 146; **R. Gültekin**, s. 7-9; **Özsoy**, Hacı Hasan Murat/**Gümüş**, Mustafa; "Eş Etkili Vergiler ve Mali Yüklere Dair Bir Analiz", (Gümrük Dergisi, Y. 21, S. 80, Temmuz-Eylül 2012, s. 29- 33), s. 30, 31; **Derdiyok**, Türkmen: Dış Ticarete Vergi ve Mali Yükümlülükler, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013, s. 63; **Çiçek**, Hüseyin Güçlü/**Atalay**, Orhan: "Gümrük İdarelerinde Eş Etkili Vergiler ve Fonların Tahsili, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", (Gümrük ve Ticaret Dergisi, C. 4, Y. 2017, S. 10, s. 15-24, s. 16, 17; **Yumuk**, İtiraz, s. 180.

³⁷ Avrupa Birliği Hukuku'nda da eş etkili vergilerin miktarına ve ne şekilde adlandırıldığına bakılmaksızın eşyanın sınır aşan hareketine bağlı olarak tek taraflı olarak alındığı; üye devletler tarafından eşyanın sınır aşan hareketinin dışında, iç ya da dış kaynaklı olmasına bakılmaksızın alınan Katma Değer Vergisi, Çevre Vergisi gibi dış kaynaklı eşyalar bakımından bir ayırım gözetmeyen (muamele) vergilerin(in) eş etkili vergi olmadığı, bunların Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 110'uncu maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. **Haltern**, Ulrich: Europarecht - Dogmatik im Kontext-, 2. Neubearbeitete Auflage, (Mohr Siebeck), Tübingen 2007, s. 683 vd.; **Zerres**, Thomas/**Zerres**, Michael: Europäisches Wirtschaftsrecht, (Reiner Hampp Verlag), München und Mering 2015, s. 107. Eş etkili vergilerin tek yanlı olarak, ithalat sırasında ya da ithalat gerçekleşikten sonra benzer yerli eşyadan farklı olarak, dış ülkelerden ithal edilen eşyalara özel olarak uygulanan ve böylece, söz konusu eşyanın fiyatını yükselterek eşyaların serbest dolaşımı üzerinde bir gümrük vergisi etkisi yaratan vergiler olarak tanımlanması hakkında bkz. **Bulut**, s. 146. Gümrük vergileri hakkında "efradını cami agharını mani" olacak bir tanımlamanın yapılmasının zor olduğu; herhangi bir eşyanın dahili ticaretinde uygulanan; ancak ithalat işlemlerine de konulan

İthalat ya da ihracatta uygulanan vergileri genel olarak Gümrük Uzlaşma Yönetmeliği'ne Ek-1 numaralı listede görebilmek mümkündür. Bu vergiler; *Gümrük Vergisi, İlave Gümrük Vergisi, Tek ve Maktu Vergi, Dampinge Karşı Vergi, Sübvansiyona Karşı Telif Edici Vergi, Katma Değer Vergisi, Özel Tüketim Vergisi, Ek Mali Yükümlülük, Toplu Konut Fonu, Tütün Fonu, Ek Fon, Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu, Çevre Katkı Payı, Telif Edici Vergi (İhracat), TRT Bandrol Ücreti (Ticari olmayan eşya için şeklinde belirtilmektedir*³⁸. Sayılan vergiler arasında İthalatta Alınan Katma Değer Vergisi, TRT Bandrol Ücreti, Dampinge Karşı Vergi ve Telif Edici Vergi geri verme ve kaldırmada hukukî dayanak ve uygulama bakımından özellik göstermektedir. Ayrıca gümrük idareleri tarafından tahsil edilen Damga Vergisi'nin de durumu irdelenmelidir.

2. İthalatta Alınan Katma Değer Vergisi

Dış ticaretten alınan vergiler arasında miktar bakımından ilk sırada yer alan İthalatta Alınan Katma Değer Vergisi, Gümrük Kanunu anlamında bir ithalat vergisi (gümrük vergisi) değildir³⁹; ancak gümrük idaresinin uygulama

vergilerin ve geleneksel olarak tarife esasına dayanan gümrük vergileri dışında ithal edilen eşyaya konulan ve para ile ölçülebilen her yükün eş mali yükümlülük olarak tanımlanması hakkında bkz. **Özsoy/Gümüş**, s. 33. Dış ticarete alınan ek mali yükümlülüklerin hukukî güvenlik ilkesi yönünden eleştirisi hakkında bkz. **Oktar**, S. Ateş: "Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler Ek Mali Yükümlülükler ve Bir Totolojik Düzenlemenin Analizi", (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 37. Seri, Y. 1996/1997, s. 155- 189), (Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler), s. 173, 174; **Göker**, Cenker: "Dış Ticaret İşlemlerine Konulan Ek Mali Yükümlülüklerde Öngörülebilirlik İlkesi Üzerine Bir Deneme", (Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 113-124), (Ek Mali Yükümlülük), s. 120 vd.; **Göker**, Cenker: Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013, (KDV Konusu), s. 41, 42.

³⁸ Gümrük Uzlaşma Yönetmeliği (RG. 27.08.2011 – 28038).

³⁹ İthalatta alınan katma değer vergisinin gümrük vergisine eş etkili ve dolayısıyla Gümrük Kanunu anlamında ithalat vergisi olmadığı; ancak millî bir ithalat vergisi olduğu yönünde açıklamalar için bkz. **Gök**, Özgecan: "İthalatta Alınan Katma Değer Vergisi Bir Gümrük Vergisi midir?" (IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Genç Akademisyenler Yeni Yaklaşımlar Bildiri Kitabı, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 64, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2, s. 31-45), (İthalatta KDV), s. 41, 42. Ayrıca bkz. **Yerci**, İthalatta KDV, s. 32 ve 94; **Yerci**, Gümrük, s.120, 387; **Öner**, Türk Vergi Sistemi, s. 325; **Hacıköylü**, Canatay: "İthalat Sırasında Ödenen Vergiler ve Diğer Mali Yükümlülükler: Türkiye ve Cep Telefonu İthalatı", (Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.7, S. 1, Ocak 2015, s. 21-36), s. 24; İthalatta alınan katma değer vergisinin ithalat vergileri tanımı içinde yer aldığı yönünde görüş için bkz. **Yayla**, Sefa; "Gümrük Vergi ve Para Cezalarının Geri Verilmesi ve Kaldırılması", (Gümrük ve Ticaret Dünyası Dergisi, 2018/1, S. 96, s. 53-60), (Geri Verme ve Kaldırma), s. 59.

malarında bir gümrük vergisi olarak değerlendirilebilmektedir⁴⁰. Bu bakımdan geri verme ve kaldırmanın kapsamını ithalat vergileri olarak belirleyen Gümrük Kanunu'nun doğrudan İthalatta Alınan Katma Değer Vergisine uygulanması mümkün değildir. Genel anlamda da Gümrük Kanunu'nda yer alan bir hükmün İthalatta Alınan Katma Değer Vergisi Açısından Uygulanabilmesi için aradaki bağlantıyı sağlayan özel düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır⁴¹. Bu bağlantı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 48'inci maddenin 2'nci fıkrası ile kısmen sağlanmaktadır. "Düzeltilme İşlemleri" başlığını taşıyan ilgili düzenlemede, *"ithal edilen eşya ile ilgili olarak; katma değer vergisinden müstesna olduğu halde yanlışlıkla alınan veya fazla alındığı anlaşılan katma değer vergisi, indirim hakkına sahip olmayan mükelleflere, Gümrük Kanunu'na göre iade"* olunacağı düzenlenmektedir⁴². Bununla birlikte uygulanacak usûl açısından indirim hakkına sahip olan ve olmayan mükellefler açısından bir ayırım yapılmakta; indirim hakkı tanınan işlemlere konu eşyanın serbest dolaşıma girdiği tarihin içinde bulunduğu veya sonraki vergilendirme dönemlerine ilişkin olarak vergi dairesine verilen beyannamelere göre ödenen katma değer vergisi (sorumlu sıfatıyla ödenenler hariç), ithalde hiç ödenmemesi veya eksik ödenmesi nedeniyle tahsili gereken katma değer vergisinden düşülmektedir. İndirim hakkına sahip olmayan mükellefler açısından da Gümrük Kanunu'na göre iade (geri verme) işlemi gerçekleştirilmektedir. Yine 2 Seri Nolu Gümrük Genel Tebliği'nde de düzenlemeye paralel olarak İthalatta Alınan Katma Değer Vergisinin indirim hakkına sahip olanlar ve olmayanlar bakımından ne şekilde geri verilip kaldırılacağı açıklanmaktadır⁴³.

⁴⁰ Örneğin geri verme ve kaldırma uygulaması açısından 2 Seri Nolu Gümrük Genel Tebliği'nde bu vergi gümrük vergileri kapsamındaki Katma Değer Vergisi olarak nitelenmektedir. (Bkz. m.31/5). Aynı şekilde Gümrük Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4'üncü ve 5'inci maddesinde uzlaşmanın kapsamı, gümrük vergileri (alacakları) olarak belirlenmek ile birlikte ek 1 numaralı listede Katma Değer Vergisi'ne de yer verilmektedir.

⁴¹ İthalatta alınan katma değer vergisinin bir gümrük vergisi olmaması sebebiyle, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda Gümrük Vergisi Kanunu'na yapılan atıfları göz önünde bulundurmak gerektiği hakkında bkz. **Gök**, İthalatta Alınan KDV, s. 42. Ayrıca bkz. **Gümüş**, Mustafa: İthalatta Vergi ve Mali Yükler, (Ankara Gümrük Müşavirleri Derneği- Önka Matbaa), Ankara 2018s. 96 vd.

⁴² Bu noktada Katma Değer Vergisi Kanunu'nda örneğin gümrük beyannamesinin iptali hakkında vergi borcunu sona erdirici ya da geri vermeyi sağlayıcı etkisi yönünde doğrudan bir düzenleme olmasa da beyannamenin iptali ile birlikte ithalatta alınan katma değer vergisini doğuran sebebin de ortadan kalkacağı hakkında bkz. **Yerci**, Gümrük, s. 434.

⁴³ İndirim hakkına sahip olmayan ve olan mükelleflere iadenin gerçekleştirilme şeklinde ilişkin açıklamalar için bkz. **Yerci**, Gümrük, s. 441-444.

3. TRT Bandrol Ücreti

TRT Bandrol Ücreti 3093 Sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu⁴⁴ uyarınca ithalat sırasında, bandrole tâbi eşya⁴⁵ için tahsil edilen millî bir malî yüküdür. Bandrole tabi eşya üzerinden yurtiçi teslimlerde de alınan bir malî yükümlülük olması itibarıyla Gümrük Kanunu anlamında bir ithalat vergisi sayılmamaktadır⁴⁶. Gümrük idareleri tarafından tahsil edilen bandrol ücretleri, ithalatta alınan gümrük vergileri ve diğer mali yükümlülüklerden ayrı olarak tahsil olunmakta ve yapılan aylık tahsilat toplamı en geç takip eden ayın on beşinci gününe kadar Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna intikal ettirilmektedir. (TRTGK. m. 5/b).

Fazla tahsil edilen bandrol ücretlerinin iadesi konusu, kanunda yer alan düzenleme gereği (Gümrük ve) Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu tarafından belirlenmiş ve 2015/7757 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konmuştur⁴⁷. Buna göre gümrük idareleri tarafından fazla tahsil edilen bandrol ücretlerinin iadesi Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu tarafından gerçekleştirilmektedir⁴⁸.

4. Dampinge Karşı Vergi ve Sübvansiyona Karşı Telafi Edici Vergi

3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un⁴⁹ kapsamında yapılan soruşturma neticesinde dış ticarete rekabeti bozucu nitelikte dumping ya da sübvansiyona konu olduğu tespit edilen eşya üzerinden dampinge karşı vergi ya da sübvansiyona karşı telafi edici vergi⁵⁰

⁴⁴ 4.12.1984 tarih ve 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu (RG. 15.12.1984-18606).

⁴⁵ Bandrole tâbi eşya için bkz. TRTGK. m. 3.

⁴⁶ **Yerci**, Gümrük, s. 343, 344.

⁴⁷ 15.6.2015 tarih ve 2015/7757 sayılı 3093 Sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu Uyarınca Radyo, Televizyon, Video ve Birleşik Cihazlar ile Bunların Dışında Kalan Radyo ve Televizyon Yayınlarını Almaya Yarayan Her Türlü Cihazdan Alınacak Bandrol Ücretlerine İlişkin Karar (RG. 9.7.2015-29411). Bandrol ücretinin iadesi hakkında bkz. m. 11.

⁴⁸ Ayrıca bkz. **S. Yayla**, Geri Verme ve Kaldırma, s. 59. TRT Bandrol ücreti hakkında açıklamalar için bkz. **Gümüş**, s. 245-249; **Yerci**, Gümrük, s. 339-344.

⁴⁹ 14.6.1989 tarih ve 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun (RG. 1.7.1989-20212).

⁵⁰ Özellikle Uzakdoğu menşeli ürünlere karşı dampinge karşı vergi uygulaması olmakla beraber sübvansiyona karşı telafi edici uygulamasının bulunmadığı; bunun temel sebebinin genellikle dumping ve sübvansiyonun bir arada bulunması, bunları birbirinden ayırmanın zorluğu ve ikisinin bir arada bulunduğu durumlarda hem dampinge karşı ver-

alınmaktadır⁵¹. Bir ithalat vergisi olmaları itibariyle dampinge karşı vergi ve sübvansiyona karşı telafi edici vergi geri verme ve kaldırma kapsamındadır. Bu bakımdan Gümrük Kanunu'nda yer alan geri verme ve kaldırma hükümlerinin doğrudan bu vergiler bakımından da uygulanması mümkündür. Nitekim İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 15'inci maddesinde Gümrük Kanunu'na yapılan atıf da aynı sonucu doğurmaktadır.

Bu kanunda hüküm olmayan hallerde GATT 1994'ün VI. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Anlaşmanın doğrudan uygulanması gerektiğinden damping marjından fazla ödenen vergilerin de destekleyici delillerle birlikte talep edilmesi halinde ayrıca geri ödenmesi gerekmektedir. İthalatçıların başvuru üzerine dampinge karşı vergiyi ve telafi edici vergiyi damping marjının (ya da sübvansiyon miktarının) daha az olduğunu ispat edebilmeleri halinde geri alabilmeleri mümkündür.

5. Damga Vergisinin Durumu

488 Sayılı Damga Vergisi Kanunu⁵² kapsamında gümrük idareleri nezdinde ithalatta yapılan işlemler nedeniyle⁵³, gerek kâğıt ortamında gerekse elektronik veri işleme şeklinde düzenlenen belgeler bakımından damga vergisi borcu doğabilmektedir. Ayrıca ithalatta alınan katma değer vergisinin matrahını oluşturması bakımından damga vergisi önem taşımakta ve gümrük idarelerini ilgilendirmektedir⁵⁴. Ancak, gümrük idareleri, damga vergisi bakımından kamu alacaklısı sıfatını doğrudan taşımamakta; damga vergisini yalnızca tahsil etmekte, sorumlulukları da Damga Vergisi Kanunu'nun 26'ncı maddesi kapsamında, resmî dairelerin sorumlulukları çerçevesinde belirlenmektedir.

Gümrük Kanunu'nda geri verme ve kaldırma konusu olabilecek kamu alacaklarını belirtmek üzere "gümrük vergileri" ifadesi kullanılmaktadır.

ğinin hem de sübvansiyona karşı telafi edici verginin bir arada uygulanmasının mümkün olmamasına ilişkin açıklamalar hakkında bkz. **Şahin**, Gümrük, s. 117.

⁵¹ Dampinge karşı vergi ve sübvansiyona karşı telafi edici vergi hakkında bkz. **Gümüş**, s. 181 vd.; **Yerci**, Gümrük, s. 267 vd.; **Şahin**, Gümrük, s. 115-117.

⁵² 1.7.1964 tarih ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanunu (RG. 11.7.1964-11751).

⁵³ İhracatta kullanılan kâğıt/belgelerin döviz kazandırıcı işlem olması itibariyle damga vergisinden istisna tutulduğu hakkında bkz. **Yayla**, Sefa: "Damga Vergisi ve Gümrük Vergi Sistemi İçindeki Yeri", (Gümrük ve Ticaret Dünyası Dergisi, 2017/4, S. 95, s. 38-52), (Damga Vergisi), s. 39.

⁵⁴ Damga vergisinin gümrük sistemi içindeki yerinin ithalatta alınan katma değer vergisinin matrahını oluşturmasından ibaret olduğu hakkında bkz. **S. Yayla**, Damga Vergisi, s. 39.

Damga vergisi ise, bir gümrük vergisi değildir. Tahsilinde de usûl bakımından uygulanan kanunun Vergi Usul Kanunu'dur. Bu bakımdan ithalat işlemleri sırasında damga vergisinin yanlışlıkla fazla tahsil edilmiş olması durumunda Gümrük Kanunu'nun geri verme ve kaldırma hükümleri değil, Vergi Usul Kanunu'nun 116 ilâ 126'ncı maddelerinde düzenlenen hata düzeltme hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁵⁵.

C. Başvuru Konusu Olabilecek Para Cezaları

Gümrük Kanunu'nda düzenlenen kabahatler karşılığında uygulanan yaptırımların da geri verilmesi ve kaldırılması mümkündür. Bilindiği üzere Gümrük Kanunu'nda gümrük vergisi ödevine aykırılıkların yaptırıma bağlandığı gümrük kabahatleri vergi kaybına sebebiyet veren ve usûlsüzlüklere sebebiyet veren gümrük kabahatleri şeklinde bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Gümrük Yönetmeliği'nin 511'inci maddesinde vergi kaybı ve usûlsüzlüklere ilişkin para cezalarının geri verilmesi ve kaldırılması ile ilgili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre *"Vergi kaybına neden olabilecek işlemlere uygulanacak para cezalarının geri verilmesi ve kaldırılmasında, gümrük vergilerinin geri verilmesine ve kaldırılmasına ilişkin hükümler uygulanır"* (GY. m. 511/1). *"Usulsüzlüklere ilişkin para cezalarının geri verilmesi ve kaldırılmasında, bu cezalara ilişkin kararların kanunen düzenlenmemesi gerektiği halde düzenlendiğini veya bu cezaların kanunen ödenmemesi gerektiği halde ödendiğini tevsik eden belgelerin ibrazı gerekir."* (GY. m. 511/2).

Gümrük Kanunu'nun 233'üncü maddesinde işlenen bir gümrük kabahatinin, varsa muayene ve tahlilden önce ortaya çıkarılmasını sağlayan muhbirlerle kesilen para cezalarının yüzde on beşi nispetinde bir ikramiye ödenmesi düzenlenmektedir. Bu çerçevede ihbar edilen kabahat karşılığı ödenen para cezalarının geri verilmesine karar verildiği takdirde muhbirlerle dağıtılan ikramiyenin de geri verme kararının verildiği tarihten itibaren bir ay içerisinde geri verilmesi istenir (GY. m. 511/3).

V. GERİ VERME VE KALDIRMA SEBEPLERİ

A. Genel Olarak

Geri verme ya da kaldırmaya konu olacak haller, hukukî sebebe ve başvuru süreleri içerisinde talepte bulunulmasına göre farklılıklar göstermektedir. Gümrük Kanunu'nun 211 ilâ 214'üncü maddelerinde geri verme

⁵⁵ Ayrıca bkz. S. Yayla, Geri Verme ve Kaldırma, s. 59.

ve kaldırmaya konu olabilecek olay grupları yer almaktadır⁵⁶. Buna göre; 211'inci maddesine göre kanunen ödenmemesi ya da tahakkuk etmemesi gereken gümrük vergilerinin geri verilmesi ya da kaldırılması, borçluya düşen dürüstlük kuralına uyulmuş olması durumunda mümkündür⁵⁷. Diğer geri verme ve kaldırma sebeplerinden bağımsız olarak bu durumda ilgilinin talepte bulunması gerekmemekte; gümrük idaresi sebebi re'sen göz önünde bulundurarak geri verme veya kaldırmayı gerçekleştirebilmektedir. 212'nci maddede gümrük beyannamesinin iptali halinde; 213'üncü maddede eşyanın kusurlu teslimi yahut sözleşme hükümlerine aykırılık sebebiyle ithalatçı tarafından kabul edilmemesi halinde; 214'üncü maddede ise, diğer geri verme ve kaldırma sebepleri düzenlenmektedir. Bu hallerde, 211'inci maddedeki düzenlemeden farklı olarak, ilgili tarafından geri verme ve kaldırma talebinde bulunulması bir zorunluluktur. Bu noktada talebin geri verme ve kaldırma istemini içermesi yeterli olmaktadır. Gümrük idareleri, geri verme ve kaldırma işlemlerinin hukuka uygunluğunu, somut olayın şartlarında kanunda yazılan sebeplere uygunluğu tespit ederek sağlayacak olmaları sebebiyle, geri verme ve kaldırma taleplerinin de bu sebeplerin varlığı halinde ileri sürülmesi gerekmektedir.

B. Kanunen Ödenmemesi Gereken Bir Verginin Varlığı

1. Genel Olarak

Gümrük vergilerinin kanunen ödenmemesinin ya da tahakkuk ettirilmemesinin gerekmesi en temel geri verme ve kaldırma sebebidir. Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre;

“Kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergileri geri verilir. Kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergileri kaldırılır.

Ancak, kanunen ödenmemesi veya tahakkuk ettirilmemesi gereken gümrük vergileri ilgili kişinin kasten yaptığı bir tahrifat sonucunda ödenmiş veya tahakkuk ettirilmişse, bu vergilerin geri verilmesine veya kaldırılmasına ilişkin talepler kabul edilmez.”

Gümrük vergilerinin ödenmemesinin ya da tahakkuk ettirilmemesinin gerekmesi, gümrük idaresinin tahakkuk ettirdiği gümrük vergileri tutarı ile

⁵⁶ Aynı sebeplerin gümrük cezaları açısından da değerlendirilmesi hakkında bkz. **Ercan**, Kabahatler, s. 101.

⁵⁷ Topluluk Gümrük kodu kapsamında açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 236, Rz. 20-23, s. 1768. Ayrıca bkz. **Lux**, s. 487.

maddî hukuk açısından gümrük yükümlüsünün ödemekle yükümlü olduğu tutarın birbiri ile uyumlu olmamasını ifade etmektedir. Söz konusu uyumsuzluk, ilgisinin bu uyumsuzluğu bilerek ve isteyerek yaratmamış olması şartı ile geri verme ve kaldırma yolu sayesinde düzeltilebilmektedir. Ayrıca bu sebep gümrük idaresi tarafından re'sen ya da ilgisinin başvurusu üzerine değerlendirilebilmektedir.⁵⁸

Bu sebebi açıklarken, irdelenmesi gereken iki konu bulunmaktadır. Birincisi, kanunda yer alan “kanunen ödenmemeleri- tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde ödenen-tahakkuk ettirilen” kavramının neyi ifade ettiği.

Gümrük vergisinin kanunen ödenmemesinin ya da tahakkuk ettirilmemesinin gerekmesi konusunda bir değerlendirme yaparken öncelikle Gümrük Kanunu'nun 181'inci ve devamı maddelerinde gümrük yükümlülüğünü doğuran olaylar şeklinde düzenlenen vergiyi doğuran olayı ve verginin tutarının hesaplanması konusunda 193'üncü maddede belirlenen formülü anahtar olarak elde bulundurmak gerekmektedir. Kural olarak bir eşyaya uygulanacak ithalat veya ihracat vergileri tutarı, bu eşyaya ilişkin gümrük yükümlülüğünün başladığı tarihteki vergi oranları ve diğer vergilendirme unsurlarına göre belirlenir (GK m. 193/1). Bu kapsamda hangi sebebe ya da hangi eksikliğe dayanıyorsa dayansın vergiyi doğuran olay gerçekleşmişse, gümrük vergilerinin geri verilmesi ya da kaldırılması gerekmektedir.⁵⁹

Gümrük Kanunu'nun 182'nci ve devamı maddelerinde düzenlenen kanuna aykırılık hallerinde dahi Gümrük Kanunu'nun 191/A maddesinde düzenlenen şartların varlığı halinde tahakkuk ettirilen ya da tahsil edilen gümrük vergilerinin (kısmen/tamamen) geri verilmesi ya da kaldırılması gerekmektedir. Buna göre eşyada kanundan ya da tarifeden kaynaklanan bir istisna halinin ya da tercihli vergi uygulamaları kapsamında daha eksik gümrük vergisinin ödenebileceği durumlarda kişinin hileli bir davranışının ya da ihmalinin olmaması ve tercihli tarife veya muafiyetin uygulanması için gerekli olan diğer şartların yerine getirildiğinin ilgili kişi tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Çünkü bu durumda kanuna aykırılık hallerinde doğan gümrük borcu için, tipik olay günlük hayatta gerçekleşmiş olmasına rağmen gümrük vergileri ile ilgili kolaylığın ya da istisna halinin göz önünde bulundurulması yine kanunen gerekmektedir.⁶⁰ Aynı şekilde Gümrük Kanunu'nun 198'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında düzenlenen

⁵⁸ Witte/Alexander, Art. 236, Rz. 1, s. 1763.

⁵⁹ Witte/Alexander, Art. 236, Rz. 4, s. 1764.

⁶⁰ Witte/Alexander, Art. 236, Rz. 5, s. 1764.

gümrük vergilerinin sonradan istenemeyeceği hal de aynı şekilde gümrük vergilerinin kanunen ödenmesini ya da tahakkuk ettirilmesini etkileyen bir düzenleme olduğu için göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁶¹.

Danıştay kararlarına bakıldığında; “gümrük vergilerinin kanunen ödenmemesinin/ tahakkuk ettirilmemesinin gerekmesi” şartının 1966 yılında verilen bir içtihadı birleştirme kararından hareketle yorumlandığı görülmektedir⁶². Buna göre, iadesi istenen gümrük vergilerinin, kanuna aykırı olduğunun açıkça; yani herhangi bir inceleme, araştırma ve yoruma gerek olmaksızın anlaşılabilir olması koşulu aranmaktadır⁶³. Bu bakımdan anlaşılabilirlik açık değilse ve ek bir araştırma ya da yorum yapılması gerekiyorsa sebebin oluşmadığı yönünde verilen kararlar da bulunmaktadır⁶⁴. Söz konusu içtihadı birleştirme kararı açıkça tespit edilebilirlik şartı getirerek 211’inci maddedeki başvuru sebebinin kapsamını daraltıcı bir etki doğurmaktadır⁶⁵. Kaldı ki, bu içtihadı birleştirme kararının 1615 sayılı Gümrük Kanunu’ndan da önce yürürlükte bulunan 5383 sayılı Gümrük Kanunu⁶⁶ yürürlükte iken tesis edildiği göz önünde bulundurulduğunda⁶⁷, halen etkisini sürdüreceğini söyleyebilmek de pek mümkün görülmemektedir. Nitekim artık normatif bir etki taşıdığından bahsedilemez⁶⁸.

⁶¹ Gümrük vergilerinin sonradan istenemeyeceği hal hakkında açıklamalar için bkz. **Gök**, Gümrük, s. 263-265.

⁶² Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun 2.7.1966 tarih ve E. 1965/13; K. 1966/6 sayılı kararı.

⁶³ Ayrıca geri verme veya kaldırma işleminin yapılabilmesi için açık hatanın var olmasının gerektiği; hukukî ihtilafa konu olmayacak nitelikteki hatalı ödenen vergilerin iade edileceği yönünde görüş için bkz. **Selen**, s. 249.

⁶⁴ Dş. 7. D. 22.5.2009 tarih ve E. 2008/1569; K. 2009/2515 sayılı kararı (Özel Arşiv); Dş. 7. D. 23.5.2013 tarih ve E. 2011/6491; K. 2013/2814 sayılı kararı (Özel Arşiv); Dş. 7. D. 18.9.2015 tarih ve E. 2012/1600İ K. 2015/4576 sayılı kararı (Özel Arşiv); Dş. 7. D. 26.4.2018 tarih ve E. 2015/2843; K. 2018/2718 sayılı kararı (Özel Arşiv)

⁶⁵ Bu durumun vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılığı hakkında değerlendirmeler için bkz. **Yumuk**, Kanuna Aykırılık, s. 547.

⁶⁶ 2.5.1949 tarih ve 5383 sayılı Gümrük Kanunu (RG:11.5.1949-7204).

⁶⁷ Geri verme ve kaldırmaya ilişkin gümrük kanunlarında düzenlenme süreci ve bahsi geçen içtihadı birleştirme kararının tarihi süreçte değerlendirilmesi hakkında bkz. **Yumuk**, Kanuna Aykırılık, s. 542 vd.

⁶⁸ Sonradan yapılan kanun değişiklikleri neticesinde 5383 sayılı kanun esas alınarak birleştirilen içtihadın normatif bir değerinin bulunmadığı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Yumuk**, Kanuna Aykırılık, s. 546, 547. Ayrıca bkz. **Gök**, Özgecan: “Repayment and Remission of Duty –As An Administrative RemedyIn Customs Tax Law: Issues Encountered in Praxis” (34. International Public Finance Conference / Turkey Proceedings Book, Istanbul University Publication No: 5253 Faculty of

Bu bakımdan gümrük vergilerinin kanunen ödenmemesinin ya da tahakkuk ettirilmemesinin gerekmesi durumunu değerlendirirken, öncelikle Gümrük Kanunu'nun 181'inci ve devamında düzenlenen vergiyi doğuran olay ve günlük hayatta tipikliği sağlayan tüm unsurları dikkate alarak incelemek gerekmektedir. Buna ek olarak gümrük borcunun doğmamış sayılacağına ya da vergilerin istenmeyeceğine ilişkin kanun seviyesindeki özel düzenlemeleri de göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

Avrupa Topluluğu Gümrük Kodu'nun aynı sebebe yer veren düzenlemesi incelendiğinde, kanunen ödenmemesi/ tahakkuk ettirilmemesi gerekme kavramının; vergiyi doğuran olayı ve günlük hayatta tipikliği sağlayan bütün unsurlar ve bunlara ek olarak gümrük borcunun doğmamış sayılacağına ya da vergilerin istenmeyeceğine ilişkin kanun seviyesindeki özel düzenlemeleri göz önünde bulundurularak doldurulması gerektiği görülmektedir. Nitekim geri verme ve kaldırmada; gümrük kıymetinin takdirinde hataya düşülmesi; gümrük yükümlüsünün beyannamede yazım ya da hesap hatası yapması ve bu durumun gümrük idaresini diğer kıymet tespit yöntemlerinin uygulanmasına yöneltmesi; tercihli tarife, istisna ve muafiyet gibi yükümlünün yararlanabileceği vergi avantajlarının dikkate alınmamış olması; 75'inci madde kapsamında eşyanın serbest dolaşıma girdikten sonra vergi oranının indirilmiş olması gibi sebepler, Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesi kapsamında değerlendirilebilecek konulardır. Ayrıca Gümrük Yönetmeliği'nin 53'üncü maddesi kapsamında -tamamlayıcı beyan uygulamasının (GK. m. 71) özel bir şekli olan- istisnaî kıymetle beyan uygulaması çerçevesinde, gümrük kıymetine esas olacak satış bedelinin taraflar arasında sonradan gözden geçirilmesi ve daha düşük belirlenmesi hali de 211'inci madde çerçevesinde değerlendirilmektedir (GY m. 53/3)⁶⁹.

İrdelenmesi gerekli görülen ikinci husus, -uygulama imkânını ortadan kaldıran- "*kasten yapılan tahrifat*" ifadesinin ne anlama geldiğidir. 211'inci madde kapsamında geri verme ve kaldırma başvurusunun kişinin kasten yaptığı bir tahrifata dayanmıyor olması gerekmektedir. Uygulamayı engelleyen bu şart, Topluluk Gümrük Kodu'nun başka dillerdeki metinlerinde

Economics Publication No: 655; <http://www.maliyememozoyumu.org/wp-content/uploads/2019/11/34th-international-public-finance-conferenceturkey-proceedings-book.pdf>, E.T. 20.01.2021, s. 272-280), (Repayment and Remission), s. 275.

⁶⁹ Eşyanın ithalinden sonra oluşan kıymet veya matrah unsurlarının istisnaî kıymetle beyanı ve basitleştirilmiş usuller kapsamında geri verilmesi hakkında ayrıca bkz. **Yayla**, Sefa: "Eşyanın İthalinden Sonra Oluşan Kıymet veya Matrah Unsurlarının Beyanı", (Gümrük Dünyası Dergisi, Y. 2011/3, S. 70, s.38-43), s. 39.

“kasıtlı fiil”, “aldatıcı işlem” gibi kavramlar kullanılarak ifade edilmektedir. Fakat burada kasıtlı hareketin bir suç ya da kabahat sonucunu doğuruyor olması gibi bir algı oluşmamalıdır. Her ne kadar “kasıt”, “aldatıcı”, “tahrifat” gibi kavramlar (Vergi) Ceza Hukuku’nun kavramları olsa da burada ele alınan düzenleme bir ceza normu niteliğinde değildir⁷⁰. Avrupa Birliği uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, geri verme ve kaldırma uygulamasında “kasten yapılan tahrifat” kavramının, ilgili kişilerin gümrük vergisinin doğumunda rol oynayan verilerin aslını bilerek ve isteyerek değiştirmesi olarak anlaşıldığı görülmektedir. Nitekim manevi bir unsur olarak kasıt, bilme ve isteme unsurlarından oluşmaktadır. Ayrıca 211’inci maddedeki düzenlemenin gerekçesinde de bu işlemlerin yanlış olduğunun ilgili kişi tarafından bilindiği hallerde geri verme ve kaldırma talebinin kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir⁷¹.

2. Gözetim Uygulamasında Geri Verme ve Kaldırmanın Değerlendirilmesi

Bir ticaret politikası önlemi olarak ithalatta gözetim uygulamasını, yukarıda yapılan tespitler üzerine değerlendirmek gerekmektedir. İthalatta gözetim uygulaması, benzer veya doğrudan rakip mallar üreten yerli üreticilerin zarar görmesinin önüne geçmek ve ithalattan kaynaklanacak vergi kayıplarının önlenmesi amacıyla, eşyanın kıymeti bakımından birim başına asgarî bir fiyat belirlemesi olarak ortaya çıkan bir dış ticaret politikası savunma aracıdır. İthalatta gözetim uygulamasının dayanağını, 26.01.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve 03.02.1995 tarihli ve 95/6525 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ekinde yer alan Korunma Tedbirleri Anlaşması

⁷⁰ Eğer gümrük yükümlüsü, daha fazla vergi borcunun doğmasına sebep olacak verilerin yanlış olduğunu biliyor ise, kasıtlı davranmış olduğu; örneğin ithalat izni gereken ya da kıymet kriterli gözetim uygulaması durumunda ilgili belgeyi sunmamak için yanlış verilerle beyanda bulunan kişinin kasıtlı hareket etmiş olacağı; bu anlamda yükümlünün kast derecesine varmayan ağır ihmali ya da taksirli hareketinin geri verme ya da kaldırma kararı verilmesine engel olmayacağı ve bu konuda ispat yükünün de idarede olacağı hakkında açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 236, Rz. 20-23, s. 1768. Ayrıca bkz. **Lux**, s. 487; **Fuchs**, s. 131, 132.

⁷¹ Gerekçe için bkz. **Aydın**, Selman/**Topuz**, Nurdane/**Beyribey**, Kurtuluş: Gerekçeli, Notlu, İçtihatlı, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu ve İlgili Mevzuat, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2000, s. 448. Ayrıca kuralın dürüstlük kuralına uygunluk çerçevesinde açıklanması hakkında bkz. **Yumuk**, Kanuna Aykırılık, s. 553-555. Buna karşın Gümrük Kanunu’nun kötüniyetli ve hile yapan yükümlüye bu hakkı tanımadığı hakkında bkz. **Ercan**, Gümrük, s. 35.

ve İthalat Rejimi Kararı'nın 4'üncü maddesi⁷² ve Bakanlar Kurulu'nun 2004/7304 sayılı İthalatta Gözetim Uygulaması Hakkında Karar⁷³ oluşturmaktadır. Yürütmesi ise, Ticaret Bakanlığı bünyesinde İthalat Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmektedir⁷⁴.

Uygulamada ithalatçılar, gözetim belgelerini temin edememeleri durumunda, gözetime tâbi eşya için aslında fiilen daha düşük bir bedel ödenmesine rağmen, yurtdışı gider göstermek suretiyle, gümrük kıymetini gözetim marjına çıkarmakta ve eşyanın serbest dolaşıma girmesini bu yolla sağlayabilmektedirler. Hatta bu konuda idarenin yol gösterici mahiyette genelgesi de mevcuttur⁷⁵.

⁷² 1995/7606 sayılı İthalat Rejimi Kararı (RG. 31.12.1995-22510) “Ticaret politikası önlemleri; İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Mevzuat, İthalatta Korunma Önlemleri Hakkında Mevzuat, İthalatta Kota ve Tarife Kontenjanı İdaresi Hakkında Mevzuat, İthalatta Gözetim Uygulanması Hakkında Mevzuat, Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Mevzuat, İkili Anlaşmalar ve Protokoller veya Diğer Düzenlemeler Kapsamı Dışında, Belirli Ülkeler Menşeli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Mevzuat, Türkiye'nin Ticari Haklarının Korunması Hakkında Mevzuat ve Çin Halk Cumhuriyeti Menşeli Malların İthalatında Korunma Önlemleri Hakkında Mevzuat hükümleri çerçevesinde yürütülür.” (m. 4). Gözetim uygulaması hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. **Uçak**, Hakan: “Gözetim Uygulaması ve Gümrük Kıymeti”, (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 97, Ocak 2012, www.lebibyalkin.com.tr, E.T. 01.02.2017); **Özkoç**, Mehmet: “Gümrük ve Gözetim Uygulaması”, (Yaklaşım Dergisi, S. 278 Şubat 2016, E-Yaklaşım, E.T. 07.10.2016); **Dağkiran**, E. Bilgehan: “İthalatta Gözetim Uygulaması-İkincil ve Sonradan Kontrol Açısından Değerlendirilmesi”, (Gümrükte Uzman Görüş, Y. 9, S. 28-29, Ocak-Haziran 2011, s. 43-48), s. 43 vd.; **Özgür**, Abdullah: “Dış Ticarete Gözetim Uygulamaları”, (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 150, Haziran 2016, www.lebibyalkin.com.tr, E.T. 01.02.2017); **Tongal**, Önder Şafak: “İthalatta Gözetim Uygulaması ve Yol Açtığı Sorunlar”, (Gümrük Dünyası, Y. 2014/1, S. 80, s.11-16), s. 11 vd.; **Oktar**, Salim Ateş/**Akın**, Yeliz Neslihan: “Gümrük Hukukunda ‘İthalatta Gözetim Uygulaması’ Dolayısıyla Uygulanan Ek Vergilendirme İşlemleri ve Buna İlişkin Olarak Kesilen Cezalar Hakkında Değerlendirmeler I”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 382, Temmuz 2020, s. 22-41), (Gözetim I), s. 25 vd.

⁷³ 10.05.2004 tarih ve 2004/7304 sayılı İthalatta Gözetim uygulaması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı (R.G. 29.5.2004-25476).

⁷⁴ TC. Ticaret Bakanlığı'nın bir hizmet birimi olarak İthalat Genel Müdürlüğü'nün görevleri hakkında bkz. 10/7/2018 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG. 10.7.2018- 30474) m. 445.

⁷⁵ “Eşya kıymetinin gözetim tebliğinde belirtilen kıymetten düşük olması durumunda, eşya kıymetinin gözetim tebliğinde belirtilen düzeye çıkmasını sağlayacak şekilde yurtdışı diğer gider beyan edilmesi halinde yükümlüden gözetim belgesi ibrazı istenilmez. Gümrük Yönetmeliği'nin 180 inci maddesi kapsamında yapılan kontrollerde, gözetim belge-

Ancak kişiler eşyayı serbest dolaşıma soktuktan sonra gümrük kıymetinin daha az olduğu gerekçesiyle kısmen geri verme talebinde bulunulmaktadır. Danıştay da kıymetin belirlenmesinde satış bedeli yönteminin esas alınmasının gerektiği; bu yöntemde kanunda yazılı unsurlardan başka kıymete bir unsurun eklenmeyeceği gerekçesiyle fazla ödenen kısmın ilgiliye iade edilmesi gerektiği yönünde karar vermektedir⁷⁶.

Buna karşın Gümrük idaresi bu durumu Gümrük Kanunu'nun 235'inci maddesinin 1'inci fıkrasının c bendinde yazılı kabahat kapsamında değerlendirmektedir⁷⁷. Söz konusu kabahat incelendiğinde, ele alınan durumun aslında bu kabahat tanımına uymadığı düşünülmektedir. Çünkü söz konusu kabahat fiilinde eşyanın vergilendirmede esas alınacak unsurları değil, kendi özellikleri bakımından ithali için belli şartları taşıması ve bu şartları taşımadığı halde taşıyor gibi beyan edilmesi yaptırıma bağlanmaktadır. Kaldı ki gözetim sınırı üzerinden kıymet beyanında bulunulmasını gümrüklenmiş değer iki katı olarak ifade edilen bir para cezasına çarptırmak ve ek olarak eşyanın mülkiyetini kamuya geçirip tasfiyeye tabi tutmak fiilin haksızlık içeriği karşısında ölçsüz bir yaptırım olacaktır⁷⁸.

*sinin beyan edilmediği ve beyan edilen kıymetin ilgili tebliğde belirtilen kıymete ulaşılmadığının tespit edilmesi halinde, yükümlünün talebi üzerine beyan edilen kıymetin ilgili tebliğde belirtilen gözetim kıymetine yükseltilmesine yönelik beyannamede düzeltme yapılmasına izin verilir. Söz konusu ek beyan, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 61/3'üncü maddesi ile Yönetmeliğin 113'üncü maddeleri çerçevesinde yükümlüyü bağlayan esasları kapsamakta olup; BİLGE programında usulüne uygun olarak "Yurt Dışı Diğer Giderler" altında yapılır. Yükümlünün ek kıymet beyanı sonucu oluşan kıymet, eşyanın nihai kıymeti olarak değerlendirilerek, başka bir işleme gerek kalmaksızın serbest dolaşıma giriş rejimi işlemleri tamamlanır. Yükümlünün bu şekilde işlem yapılmasını talep etmemesi halinde, Gümrük Yönetmeliği'nin 181 inci maddesi ve 2016/9 sayılı Genelgede belirtilen usuller takip edilerek alınacak sonuca göre işlemler tekemmül ettirilir." Bkz. 2019/1 Sayılı Kıymet Kriterli Gözetim Hakkında Genelge, (<https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Kurum/24308261> , E.T. 20.02.2021). Ayrıca bkz. **Oktar/Akın**, Gözetim I, s. 27.*

⁷⁶ İdarece belirlenen referans fiyatlarının eşyanın gümrük kıymetinin tespitinde esas alınmayacağına Danıştay 7'nci Dairesi'nin öteden beri istikrarlı biçimde uygulana gelen içtihadı olduğu hakkında bkz. Dş. 7. D. 13.11.2015 tarih ve E. 2012/8030; K. 2015/6227 sayılı kararı (Özel Arşiv). Aynı yönde bkz. **Oktar/Akın**, Gözetim I, s. 30, 31.

⁷⁷ Açıklama ve bu yönde görüş için bkz. **Tongal**, s. 14, 15; **Demir**, Nurettin: "İthalatta Gözetim Uygulaması (Sorunlar ve Çözüm Önerileri)", (Gümrük ve Ticaret Dünyası, Y. 2017/4, S. 95, s. 19-23), s. 22.

⁷⁸ Bu noktada, yükümlünün haksız katlandığını düşündüğü vergi yükünü telafi etmek istediği ve kanunun lafzından hareketle, olayları ilgili kabahat hükmü ile örtüstürmenin zorlama bir yaklaşım olduğu yönünde bkz. **Tongal**, s. 15. Gümrük Kanunu'nun 235'inci maddesinin1-c bendinde yer alan yaptırımın uygulanabilirliği için ek gümrük vergisi

Bu durumda yapılması gereken; gözetim uygulamasını gümrük kıymetine ilişkin kuralların bir tamamlayıcısı olarak görmek ve bilerek istenerek gözetim marjı üzerinden kıymet beyan edilmesi durumunda, geri verme talebini reddetmek ile sınırlı olmalıdır. Öte yandan üstüne düşen ödevi zamanında yerine getirmesine rağmen, gözetim belgesine erişemeyen ve dolayısıyla gümrük idaresine ibraz edemeyen gümrük yükümlüsü aleyhine oluşan bu adaletsizliği de hem mevzuat hem de uygulama bazında gidermek gerekmektedir. Gözetim uygulamasının etkisiz hale getirilmesi ayrıca yaptırıma tâbi tutulmak isteniyorsa, uygulama şartları da göz önünde bulundurularak bunun ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

C. Gümrük Beyannamesinin İptali

Gümrük beyannamesinin iptali, gümrük borcunu sona erdiren bir sebep olarak düzenlenmektedir (GK m. 208). Beyannamenin beyan sahibinin iradesini yansıtan bir irade açıklaması olması ve beyan sahibini bağlayıcı sonuç doğurması gereği, iptal işleminin de beyanname tescil edilmeden önce sadece beyan sahibi tarafından gerçekleştirilebilir. Bu bakımdan beyannamenin iptali, beyanname ile açıklanan iradenin geri alınması ve açıklanan iradeyi baştan itibaren hükümsüz kılmaya yönelik yeni bir irade açıklamasıdır.

Beyannamenin tescilinden sonra iptal edilebilmesi ise, belirli şartlarda gümrük idaresinin vereceği izne bağlı olarak hüküm ve sonuç doğurabilecek bir işlemdir. Nitekim gümrük vergisi borcunu sona erdiren bir sebep olarak beyannamenin iptali dendiğinde gümrük idaresince tescil edilmiş bir beyannamenin iptalini anlamak gerekmektedir. Zira beyannamenin tescilinden önce kural olarak ödenmesi gereken bir gümrük vergisi borcu bulunmaktaki, kurallara uygun bir gümrükleme süreci esas alındığında, gümrük vergisi ödenmesi gereken aşamaya henüz gelmemektedir.

tahakkukuna gerek bulunması kapsamında gözetim marjının yurtdışı gider göstermek suretiyle ek tahakkuka konu olamayacağı, bu durumun maddî ve hukukî bir sebebinin olmadığı hakkında bkz. **Oktar/Akın**, Gözetim I, s. 38, 39. İthalatta kıymet kriterli gözetim uygulaması bakımından gözetim belgesi ibraz edilmemesi durumunun Gümrük Kanunu'nun 235'inci maddesinin 1-c bendindeki kabahat fiili kapsamında değerlendirmenin sistematik yorum açısından doğru olmadığı ve kabahat karşılığında belirlenen yaptırımların idarî işlem teorisi kapsamında sebep ve konu unsuru bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz. **Oktar**, Salim Ateş/**Akın**, Yeliz Neslihan: "Gümrük Hukukunda 'İthalatta Gözetim Uygulaması' Dolayısıyla Uygulanan Ek Vergilendirme İşlemleri ve Buna İlişkin Olarak Kesilen Cezalar Hakkında Değerlendirmeler II", (Vergi Sorunları Dergisi, S. 383, Ağustos 2020, s. 11-27), (Gözetim II), s. 21-23.

Gümrük idareleri, beyan sahibinin talebi üzerine ve eşyanın yanlışlıkla beyanname konusu gümrük rejimine tâbi tutulmasına veya beyan edildiği rejime tâbi tutulmasının özel nedenlerle artık mümkün olmadığını ispatlayan belgeleri ibraz etmesi halinde, tescil edilmiş bir beyannameyi iptal ederek, gerektiğinde yeni bir rejim beyanında bulunulmasına izin verebilirler. Ancak, gümrük idarelerince beyan sahibine eşyanın muayene edileceğinin bildirilmiş olduğu hallerde, muayenenin sonucu alınmadan beyannamenin iptaline ilişkin talep kabul edilmemektedir (GK. m. 64/1, c. 2). Kural olarak eşyanın tesliminden sonra gümrük beyannamesinin iptal edilmesine izin verilmemektedir. Bununla birlikte Gümrük Yönetmeliği'nde eşyanın tesliminden sonra hangi hallerde beyannamenin iptaline izin verilebileceği düzenlenmektedir⁷⁹. Beyanname iptalinin gerekçeli olması gerekmektedir (GY. m. 123 vd.)⁸⁰.

Gümrük beyannamesinin iptal edilmesi, eşyanın gümrük statüsü ya da gümrük gözetiminde kalması bakımından da bazı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu kapsamda serbest dolaşıma giriş rejimi için verilen gümrük beyannamesinin iptal edilmesi, eşyanın serbest dolaşımda bulunan eşya statüsünü de kaybetmesine sebep olmaktadır (GK. m. 78). İhracat, hariçte işleme, transit veya antrepo rejimi için beyan edilen serbest dolaşımda bulunan eşya ise, gümrüğe verilen beyannamenin tescilinden itibaren Türkiye Gümrük Bölgesinden çıkıncaya veya imha edilinceye ya da gümrük beyannamesi iptal edilinceye kadar gümrük gözetimi altında kalmaktadır (GK. m. 58/2). Bu kapsamda beyannamenin iptal edilmesi durumunda eşyanın mahrece iadesinin de istenebilmesi mümkündür⁸¹.

⁷⁹ Gümrük Kanunu'nun 64'üncü maddesi kapsamında beyannamenin iptali hakkında açıklamalar için bkz. **Nural**, s. 217-219 ve s. 625. Eşyanın yanlış rejimde beyan edilmesi nedeniyle eşyanın tesliminden sonra iptali hakkında bkz. GY. m. 124; başka eşyanın beyan edilmesi nedeniyle eşyanın tesliminden sonra iptali hakkında bkz. GY. m. 125; geriye dönük izin verilmesi nedeniyle eşyanın tesliminden sonra iptali hakkında bkz. GY. m. 126; posta veya hızlı kargo taşımacılığı yoluyla gelen eşyanın tesliminden sonra iptali hakkında bkz. GY. m. 129. Ayrıca bkz. **Çıldır**, Şentürk/**Denizhan**, Hüseyin: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 2. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2016, s. 77.

⁸⁰ Tescil edilmiş bir beyannamenin iptal edilebilmesi için 64'üncü maddedeki şartların sağlanmış olması gerektiği ve mahrece iade işleminin de bu kapsamda yapılabileceği hakkında bkz. Dş. 12. D. 5.7.2005 tarih ve E. 2002/1245; K. 2005/2795, (www.kazanci.com.tr , E.T. 31.07.2017).

⁸¹ Özet beyanın verildiği ancak gümrük beyannamesinin verilmediği durumlarda da ayniyet tespitinin yapılması şartıyla mahrece iadenin gerçekleştirilebileceği hakkında açıklamalar için bkz. **Canitez**, Murat: Gümrük Mevzuatı, 1. Baskı, (T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2624, Açık Öğretim Fakültesi Yayını No: 1592), Eskişehir, 2012, s. 215.

Son olarak gümrük beyannamesinin iptalinin sadece vergi aslını sona erdiren bir sonuç doğurduğunu ve yürürlükteki ceza hükümlerinin uygulanmasına bir engel oluşturmayacağını belirtmek gerekmektedir (GK. m. 64/5). Bu bakımdan beyannamenin iptali sebebine dayanıldığında, gümrük vergilerinin geri verilmesine/ kaldırılmasına karar verilmiş olsa dahi, işlemin temelinde hareket unsuru tamamlanmış bir gümrük kabahati söz konusu ise, vergiden bağımsız olarak kesilen cezaların geri verilmesi ya da kaldırılması mümkün olmayabilmektedir.

Ç. Eşyanın Kusurlu ya da Sözleşme Hükümlerine Aykırı Olması

Eşyanın kusurlu ya da sözleşme hükümlerine aykırı çıkması, bir geri verme ve kaldırma sebebi olarak Gümrük Kanunu'nun 213'üncü maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, *“beyannamenin tescili tarihi itibarıyla, kusurlu veya ithallerine esas teşkil eden sözleşme hükümlerine aykırı olduklarından bahisle, ithalatçı tarafından kabul edilmeyen eşyaya ilişkin ithalat vergileri geri verilir veya kaldırılır.”* Bu düzenlemenin temelinde yatan düşünce, gümrük beyannamesinin tescil edildiği an itibarıyla eşyanın istenen, arzu edilen durumda olmaması; zarar görmüş ya da kusurlu olması ya da sözleşme şartlarını taşıyor olmasıdır. Örneğin, eşyanın kullanılabilirliği bakımından bir eksiklik söz konusu ise, eşyanın kusurlu olduğundan bahsedilir. Eşyanın sözleşme hükümlerine aykırı olması ise, eşyanın ithalata ilişkin sözleşmenin bir ya da birden fazla şartını taşıyor olması durumudur. Eşyanın tesliminden önce hasar görmesi de kusur kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu sebebe dayalı olarak gümrük vergilerinin geri verilmesi, eşyanın kusurlu ya da sözleşme hükümlerine aykırı olduğunun tespiti için gereken ilk kullanım dışında kullanılmamış veya tüketilmemiş olması ve eşyanın gümrük bölgesinden ihraç edilmesi şartlarının birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu bakımdan eşyanın kusurlu olduğunun ancak ilk kullanım sırasında tespit edilebilmiş olması durumunda bu sebebe dayanılabilmektedir.

Gümrük idareleri, ilgilinin talebi üzerine, eşyanın ihracı yerine; imhasına, yeniden ihraç amacıyla transit veya gümrük antrepo rejimine tabi tutulmasına veya serbest bölgeye konulmasına izin verirler. Söz konusu işlem veya kullanımlardan birine tabi tutulan eşya, serbest dolaşımda olmayan eşya olarak değerlendirilir (GK. m. 213/2).

Gümrük beyanından önce denemek üzere geçici olarak teslim edilen eşyanın vergileri, eşyanın kusurlu veya sözleşme hükümlerine aykırı olduğu hususlarının deneme sırasında anlaşılmadığı kanıtlanmadıkça geri verilmez

veya kaldırılamaz (GK. m. 213/3). Bu sebep kapsamında yapılan başvurularda 213'üncü maddede belirlenen şartların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği hususu gümrük idaresi tarafından re'sen araştırılır. Burada gümrük idaresinin, geri verme ve kaldırma başvurusunu reddedebileceği bir durum düzenlenmektedir. Eşyanın gümrük idaresine beyan edilmesinden önce fizikî özelliklerinin tanınabilmesi için Gümrük Kanunu'nun 41'inci maddesi kapsamında "eşyanın incelenmesi" uygulaması⁸² gerçekleştirilmişse, bu sırada kusurun tespit edilemediğinin gümrük yükümlüsü cephesinde ispat edilmesi gerekmektedir. Eşyanın incelenmesi talebi sırasında henüz herhangi bir gümrük borcu doğmamış olduğu gibi eşyanın da gümrük statüsü değişmemiş, eşya henüz ekonomik döngüye girmemiştir. Bu bakımdan bu aşamada eşyanın kusurlu ya da sözleşme hükümlerine aykırı olduğunun tespit edilmesi durumunda, yeniden ihraç, imha ya da terk hükümleri işletilebilmektedir.

D. Diğer Haller

Gümrük Kanunu'nun 214'üncü maddesinde geri verme ve kaldırma başvurusunda dayanak gösterilebilecek diğer hallerin -Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri çerçevesinde- Cumhurbaşkanı (Bakanlar Kurulu) tarafından düzenleneceği belirtilmekte, başka somut olaylar bakımından da geri verme ve kaldırma uygulamasının kapsamının genişletilmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu haller, hâlihazırda 4458 Sayılı Gümrük Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında 2009/15481 sayılı Karar'ın⁸³ 118, 119 ve 120'inci maddeleriyle -katalog şeklinde- düzenlenmiş⁸⁴; bu sayede Gümrük Kanunu'nda yer alan geri verme ve kaldırma sebepleri genişletilmiş bulunmaktadır.

⁸² Gümrük idaresi ile gümrük yükümlüleri arasında çıkabilecek anlaşmazlıkları kısmen ya da tamamen engelleyen bir enstrüman olarak eşyanın incelenmesi talebi hakkında açıklamalar için bkz. **Gök**, s. 257-259.

⁸³ (RG. 7.10.2009 – 27369)

⁸⁴ "**Vergilerin geri verileceği veya kaldırılacağı durumlar**

MADDE 118- (1) Gümrük vergileri;

a) İthalat vergilerinden kısmi veya tam muafiyet öngören bir gümrük rejimi altında veya nihai kullanımları nedeniyle tercihli bir tarife uygulanmak suretiyle serbest dolaşıma girmiş iken çalınan eşyanın bulunarak yeniden tabi olduğu gümrük rejimi altına alınması,

b) İthalat vergilerinden kısmi veya tam muafiyet uygulanmak suretiyle ithal edilmesi gereken bir rejime tabi iken yanlışlıkla başka bir rejime tabi tutulan eşyanın, kasıt bulunmadığının tespiti kaydıyla bu durumun anlaşılmasıyla birlikte tabi olması gereken gümrük rejimi altına alınması,

c) Türkiye Gümrük Bölgesinde serbest dolaşıma girmiş bulunan eşyanın teslimi esnasında veya sonrasında ortaya çıkan kusurlarının giderilmesi ya da ithallerine esas teşkil eden sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi amacıyla hariçte işleme rejimi kapsamında bedelsiz olarak yabancı ülkedeki satıcısına geri gönderildiği durumlarda, satıcı tarafından, eşyanın kusurlarının giderilmemesi ya da bu şekildeki işlemin ekonomik olmaması nedeniyle daimî olarak kendisinde kalmasına karar verilmesi,

ç) Vergiye tabi bir gümrük rejimi altında Türkiye Gümrük Bölgesinde serbest dolaşıma girmiş bulunan eşyanın adli makamlarca iç piyasada satışının yasaklanmış olması nedeniyle; eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesinden yeniden ihraç edilmesi veya gümrük idaresinin kontrolü altında imha edilmesi ve eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesinde kullanılmadığının tespit edilmesi,

d) Vergiye tabi bir gümrük rejimi altında Türkiye Gümrük Bölgesine giren bir eşyanın, beyan sahibinin hatasından kaynaklanmayan bir nedenle alıcısına tesliminin mümkün olmaması,

e) Gönderen kişi tarafından eşyanın yanlış adrese gönderilmesi,

f) Sipariş verilirken yapılan hata nedeniyle eşyanın, alıcısı tarafından amaçlanan kullanıma uygun bulunmaması,

g) Vergiye tabi bir gümrük rejimi altında Türkiye Gümrük Bölgesine giren eşyanın, bu tarihte yürürlükte bulunan mevzuat çerçevesinde dahilde kullanım veya satışının mümkün olmaması nedeniyle, alıcısı tarafından amaçlanan kullanıma uygun bulunmaması,

ğ) Vergiye tabi bir gümrük rejimi altında Türkiye Gümrük Bölgesinde serbest dolaşıma girmiş bulunan eşyanın, kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufları sonucunda kullanımının önemli ölçüde kısıtlanmış veya yasaklanmış olması,

h) Yürürlükteki mevzuat gereğince gümrük vergilerinden kısmi veya tam muafiyet uygulanmak suretiyle ithal edilmesi gereken eşya için ilgili kişiye atfedilecek bir hata olmaksızın gümrük idaresince vergi tahakkuk ettirilmiş olması,

ı) Vergiye tabi bir gümrük rejimi altında Türkiye Gümrük Bölgesine giren eşyanın, ithale esas teşkil eden sözleşme hükümlerine göre teslimi gereken tarihten sonra alıcıya ulaşıp olması,

i) Türkiye Gümrük Bölgesinde satışı mümkün olmayan eşyanın, bedelsiz olarak yabancı memleketlerde sosyal, kültürel, hayri ve sıhhi maksatlarla kurulmuş dernek, vakıf ve teşekküllerin Türkiye Gümrük Bölgesinde temsil edildikleri kamu kurum ve kuruluşları ile kamu yararına çalışan dernekler ve Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara ya da benzeri eşyanın, gümrük vergilerinden muaf olarak Türkiye Gümrük Bölgesine ithal etme hakkı bulunan bahsi geçen kurum ve kuruluşlara devredilmesi,

j) Kanununun 181 inci maddesi hükmü saklı kalmak üzere, doğmuş olan bir gümrük yükümlülüğü için 119 uncu maddenin altıncı fıkrasında yer alan diğer koşulların sağlanmış olması kaydıyla, yükümlü tarafından eşyanın tercihli rejim uygulanmak suretiyle serbest dolaşıma girmesini sağlayan menşe şahadetnamesi, dolaşım belgesi veya benzeri geçerli bir belge ibraz edilmesi,

k) Taşıma aracının varış yerinde açılmaması dolayısıyla boşaltılmasının mümkün olmaması nedeniyle eşyanın iade edilmesi, halinde geri verilir veya kaldırılır.

Vergilerin geri verilmesi veya kaldırılmasına ilişkin şartlar

MADDE 119- (1) Bu maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, 118 inci maddenin birinci fıkrasının (ç) ile (i) bentlerinde belirtilen geri verme veya kaldırma; söz konusu eşyanın imha edilmesi, Türkiye Gümrük Bölgesinde yerleşik kamu kurum ve

Gümrük Kanunu'nun 214'üncü madde gereğince yürütme organı tarafından belirlenen sebeplerinin kanunda yer alan diğer sebeplerden en önemli farkı, geri verme ve kaldırma başvurusunun gümrük vergilerinin yükümlüye tebliği tarihinden itibaren -kural olarak- bir yıl içinde yapılıyor olmasıdır

kuruluşları ile kamu yararına çalışan dernekler ve Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara bedelsiz olarak devredilmesi halleri hariç olmak üzere eşyanın gümrük kontrolü altında yabancı bir ülkeye ihraç edilmesi halinde mümkündür.

(2) Gümrük idareleri, ilgilinin talebi üzerine, eşyanın ihracı yerine; imhasına, ihraç amacıyla transit veya gümrük antrepo rejimine tabi tutulmasına veya serbest bölgeye konulmasına izin verir. Söz konusu işlem veya kullanımlardan birine tabi tutulan eşya, serbest dolaşımda olmayan eşya olarak değerlendirilir. Gümrük idareleri, bu eşyanın serbest dolaşımda olmayan eşya olarak değerlendirilmesi hususunda gerekli tüm önlemleri alır.

(3) 118 inci maddenin (b) bendinde yer alan eşya, yeniden tabi olması gereken gümrük rejimi altına alınmadan ihraç edilmişse, vergilerin geri verilmesi veya kaldırılması Kanununun 212 nci maddesinde yer alan diğer şartların yerine getirilmiş olması kaydıyla mümkündür.

(4) 118 inci maddenin (e) bendinde yer alan eşyaya ait vergilerin geri verilmesi veya alınmaması, eşyanın yabancı ülkedeki satıcısına veya satıcısının gösterdiği adrese ihraç edilmesi şartıyla mümkündür.

(5) İthalat vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması, eşyanın yabancı bir ülkeye ihraç edilmeden önce Türkiye Gümrük Bölgesi içinde kullanılmamış ve satılmamış olması şartına bağlıdır.

(6) 118 inci maddenin (j) bendi hükmü çerçevesinde vergilerin geri verilmesi veya kaldırılmasına esas teşkil olmak üzere ibraz edilen belgelerin söz konusu eşya ile ilgili olması ve tercihli tarife uygulanmasına ilişkin diğer tüm şartları taşıması gerekir. Bu durumda, vergilerin geri verilmesi veya kaldırılması için eşyanın gümrük idaresine sunulması şarttır. Eşyanın gümrük idaresine sunulmadığı durumlarda, ibraz edilen belgelerin söz konusu eşya ile ilgili olduğunun tevsiki gerekir.

(7) Gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılabilmesi için, ihracı öngörülen eşyanın Türkiye Gümrük Bölgesinden fiili ihracatının gerçekleştirildiğine; imhası öngörülen eşyanın gümrük denetimi altında imha edildiğine dair tevsik edici tüm bilgi ve belgenin ibrazı gerekir.

(8) Gümrük idareleri, bu Kısımın uygulanmasında ortaya çıkabilecek kötüye kullanımları önlemek üzere gerekli tedbiri alır.

Vergilerin geri verilmesi veya kaldırılmasının kabul edilmeyeceği durumlar

MADDE 120- (1) Vergilerin geri verilmesi veya kaldırılmasına ilişkin başvurular;

a) Vergiye tabi bir gümrük rejimi altında Türkiye Gümrük Bölgesinde serbest dolaşıma girip ihraç edilen eşyanın, 119 uncu maddede yer alan nedenler dışında satılamamış olması,

b) Kanun ve bu Kararda açıkça belirtilen haller saklı kalmak üzere, vergiye tabi bir gümrük rejimi altında Türkiye Gümrük Bölgesinde serbest dolaşıma giren eşyanın herhangi bir nedenle gümrük idaresi tarafından imhasına karar verilmesi,

c) Eşyanın serbest dolaşıma girişi esnasında tercihli tarife uygulanmasına esas teşkil etmek üzere ibraz edilen belgelerin sahte, geçersiz veya usulsüz olarak düzenlenmesi ile yükümlünün illiyetinin bulunmadığının anlaşılması, halinde kabul edilmez. ”

(GK m. 214/2). 2009/15481 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda belirlenen bu sebepler, aslında Gümrük Kanunu'nda yer alan diğer sebepler kapsamında değerlendirilebilecek sebeplerdir; ancak katalog şeklinde düzenlenen bu olaylara birebir uygunluk durumunda başvuru usulü bakımından 214'üncü maddenin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ayrıca bu düzenlemelerde başvuru sebeplerinin oldukça kazuistik düzenlenmesi sebebiyle diğer sebeplerin aksine gümrük idaresine bir takdir yetkisi alanı tanınmamaktadır⁸⁵.

Bakanlar Kurulu Kararı'nın 118'inci maddesinde yer alan sebeplerin ortak özelliği, kişilerin aldatma kastıyla ya da ağır bir ihmal ile hareket etmemiş olmasıdır. Bu bakımdan sebebe uygunluk ve hakkaniyet ölçüsü bakımından oldukça sınırlı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Nitekim gümrük idareleri, bu olaylara ilişkin başvuruları öncelikle aldatma kastı ya da açık ihmalin olup olmadığı açısından değerlendirmeli; eğer mevcut olduğu kanaatine varıyorsa başvuruyu reddetmelidir⁸⁶. Aldatma kastı, kişinin kandırma amacıyla hareket ettiği kastî bir davranış şeklidir. Kişinin bu amacı taşıyan bir hareketten bilinçli olarak kaçınma yükümlülüğünün olduğu durumlarda da buna uygun davranmaması, aldatma kastının olduğu şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁷. Aldatma kastı ya da açık ihmalin olmadığı sonucuna varılması durumunda ise, daha sonraki aşamada başvuru konusu somut olayın içeriği itibariyle düzenlenen sebeplere uygunluğu bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır⁸⁸.

VI. GERİ VERME VE KALDIRMA USULÜ

A. Genel Olarak

Genel olarak geri verme ve kaldırma usulü Gümrük Yönetmeliği'nin 502'nci ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Geri verme ve kaldırma

⁸⁵ Topluluk Gümrük Yönetmeliği'nin 901'inci ve devamı maddelerinde yer alan aynı düzenlemeler hakkında yapılan nitelendirme için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 239, Rz. 4, s. 1793.

⁸⁶ Topluluk Gümrük Hukuku kapsamında yapılan açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 239, Rz. 5, s. 1793.

⁸⁷ Topluluk Gümrük Kodu'nun 239'uncu maddesi çerçevesinde Topluluk Gümrük Yönetmeliği'nin 901'inci ve devamı maddelerinde düzenlenen geri verme ve kaldırma sebepleri bakımından yapılan açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 239, Rz. 27-28, s. 1799.

⁸⁸ Topluluk Gümrük Hukuku kapsamında yapılan açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 239, Rz. 5, s. 1793.

başvurusu kural olarak her bir gümrük giriş beyannamesi, ek tahakkuk ya da ceza kararı açısından yönetmeliğe ek Ek-78'de yer alan Geri Verme veya Kaldırma Başvurusu Formu ile elektronik olarak ilgili gümrük idarelerine yapılabilmektedir (GY. m. 502/1-2). Geri verme ve kaldırma başvurularını inceleyecek olan gümrük idareleri ise, Gümrük Yönetmeliği'nin 500'üncü maddesinde -yetkili gümrük idaresi olarak- başvuru konusunu oluşturan gümrük vergileri ve para cezalarının tutarı üzerinden belirlenmektedir⁸⁹.

Geri verme ve kaldırma usulüne ilişkin kanunda ve yönetmelikte yer alan düzenlemeler *başvurabilecek kişiler; başvuru süresi, başvurunun incelenmesi ve başvurunun sonuçları* bakımından özellik arz etmektedir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında, başvuru usulüne ilişkin tüm düzenlemeler değil, sayılan konular değerlendirilmektedir. Başvurunun sonuçları konusu ise, *müteselsil sorumluluk ve geri vermede ödenecek faiz* bakımından ayrı alt başlıklarda ele alınmaktadır.

B. Başvurabilecek Kişiler

Geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunabilecek kişiler, Gümrük Yönetmeliği'nin 502'nci maddesinde bu vergileri ve cezaları ödeyen veya ödemekle yükümlü olan kişi veya bunların temsilcileri veya hak ve yükümlülükleri devralan kişiler olarak belirlenmektedir. Geri verme işlemi de başvuruda bulunan kişi adına gerçekleştirilmektedir.

Başvuruda bulunabilecek kişilerin belirlenmesinde vergileri ve cezaları ödemekle yükümlü olma hali esas alındığından gümrük vergileri açısından öncelikle gümrük yükümlülüğünün ve buna bağlı olarak gümrük yükümlüsünün merkez alındığı anlaşılmaktadır. Çünkü, Gümrük Kanunu'na göre "gümrük yükümlülüğü", "gümrük vergilerinin ödenmesi zorunluluğunu" (GK. m. 3/8-b); "yükümlü" ise, "yükümlülüğü yerine getirmekle sorumlu bütün kişileri" ifade etmektedir (GK. m. 3/11)⁹⁰. Gümrük idareleri ile muhatap olan kişilerin sorumluluğu Gümrük Kanunu'nun 4'üncü maddesinde belirlenmekte; buna göre "gümrük idareleriyle muhatap olan kişiler bu Kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bunlara dayanılarak çıkarılan mevzuat hükümlerine uymak; gümrük idarelerinin gerek bu Kanunda gerek

⁸⁹ 2021 yılı için gümrük müdürlüklerinin geri verme ve kaldırmaya yetkili olduğu azami tutar 545.000-TL; gümrük ve ticaret bölge müdürlüklerinin geri verme ve kaldırmaya yetkili olduğu **azami** tutar 5.455.000,00-TL; Ticaret Bakanlığı'nın geri verme ve kaldırmaya yetkili olduğu **asgari** tutar ise, 5.455.000,00-TL olarak belirlenmiştir. Bkz. 169 Seri Nolu Gümrük Genel Tebliği m. 4 (RG. 17.12.2020 - 31337)

⁹⁰ Gümrük yükümlülüğü (ve sorumluluğu) hakkında açıklamalar için bkz. **Gök**, Gümrük, s. 44 vd; **Yerci**, Gümrük, s. 449 vd.; **Ercan**, Gümrük, s. 19.

diğer mevzuat hükümlerine göre yapacağı gözetim ve kontrollere tabi olmak; bu idarelerin kendi adına veya başka idareler nam veya hesabına tahsil edeceği her tür vergi, resim, harç ve ücretleri ödemek veya bunların teminata bağlamak; mevzuat hükümlerinin uymayı zorunlu kıldığı her tür işlemleri yerine getirmekle sorumludurlar.”

Cezaları ödeme zorunluluğu ise, ilk aşamada kabahatin faili bakımından ikinci olarak da sorumluluk bakımından değerlendirilebilir. Gümrük kabahatleri açısından faili genel olarak gümrük vergisi ödevini maddî ve şeklî bakımdan yerine getirmekle yükümlü kişilerdir. Bu bakımdan Gümrük Kanunu'nun 4'üncü maddesi kapsamında sorumluluk üstlenecek şekilde gümrük idaresi ile muhatap olan ve gümrük kabahati fiil(ler) ini işleyen herkesin fail olabilmesi mümkündür⁹¹. Bununla birlikte gümrük kabahatlerinde öncelikli sorumlu olan failin yanı sıra Kabahatler Kanunu'nun 8'inci maddesi kapsamında organ ya da temsilcinin davranışı nedeniyle sorumlu olan kişilerin de söz konusu para cezasını ödemiş olmaları durumunda, diğer şartların varlığı halinde geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunabilmeleri mümkündür⁹².

C. Başvuru Süresi

Geri verme ve kaldırma başvurusunun belirli süreler içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu süreler her bir başvuru sebebi açısından ayrı ayrı düzenlenmektedir. Bu sürelerin başvuru yapılmadan geçirilmesi durumunda kural olarak haksız tahsil edilen verginin geri alınması yolu kapanmaktadır. Bu bakımdan dilekçenin süreler dâhilinde gümrük idaresine ulaşmasının sağlanması gerekmektedir.

İstisnaen başvuru sürelerinin 211, 213 ve 214'üncü maddelerde mücbir sebep sayılan (veya beklenmeyen) hallerde uzatılabilmesi mümkündür. 211'inci maddede sebebiyle yapılacak başvurularda mücbir sebep ya da beklenmeyen halin zamanında başvurmaya engel olduğunun başvuran tarafından ispatı gerekmektedir⁹³. Mücbir sebep bu kapsamda, başvuranın, kendisinin herhangi bir dahli olmaksızın, süresi içerisinde başvurma sorumluluğunu yerine getirmesine engel olan beklenmeyen ve öngörülemeyen olaylar şeklinde anlaşılmaktadır⁹⁴.

⁹¹ **Gök**, Gümrük, s. 207.

⁹² Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gök**, Gümrük, s. 226 vd.

⁹³ **Poscinosznów**, s. 7.

⁹⁴ Başvuru süreleri bakımından mücbir sebebin Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından (ABAD, 05.02.1987 tarih ve 145/85 sayılı kararı) bu şekilde anlaşıldığı hakkında bkz. **Poscinosznów**, s. 7.

Mücbir sebep 213 ve 214'üncü maddede yazılan sebeplere dayanılması durumunda da sürelerin uzamasına sebebiyet vermektedir; ancak bu durumda kanunî başvuru sürelerinin aşımına gümrük idaresi tarafından izin verilmektedir. (GK. m. 213/4-son; 214/3). Ancak bu maddeler kapsamında mücbir sebebin sürelere etkisinin belirli bir makamın onayına bağlanması, mücbir sebebin hukukun genel bir ilkesi olarak kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa bile süreleri uzatıcı etki gösterme niteliği ile çelişmektedir. Nitekim bu düzenlemelere karşılık genel Topluluk Gümrük Kodu'nun ilgili maddelerin gümrük idarelerinin onayı ile sürelerin uzatılabilme halinin "gereçlendirilebilir istisnaî haller" bağlı olduğu görülmektedir. Kuşkusuz bu şekilde ifade edilebilecek bir sebebin mücbir sebep gibi ağır şartlar oluşturması beklenmemektedir. Gereçlendirilebilir istisnaî hal, öyle bir hal olmalıdır ki, mücbir sebep gibi bir ağırlık taşımaması; öte yandan kişilerin başvuruyu süresinde gerçekleştirememesi konusunda haklı olmasını gerektirmektedir. Bu halin başvuranın iradesi dışında gerçekleşmiş olması ve engellenebilmesinin başvurudan beklenemeyecek bir hal olması gerekmektedir⁹⁵.

Usul açısından başvuru süreleri dikkat çekmektedir. Kanunda, beyannamenin iptali dışında her bir sebep için başvuru süreleri açıkça belirlenmektedir. Başvuru sürelerinin mücbir sebep ya da beklenmeyen haller nedeniyle uzayabilmesi mümkündür.

Bir gümrük beyannamesine dayanılarak ödenmiş olan gümrük vergileri bakımından beyannamenin iptali sebebine dayanılacak olması durumunda talebin, gümrük beyannamesinin iptal edilmesi amacıyla müracaatta bulunulması için belirlenen süreler içerisinde yapılması gerektiği düzenlenmektedir (GK. m. 212). Beyannamenin iptali için başvuru sürelerinin ise, kanunda değil Gümrük Yönetmeliği'nin 499'uncu maddesinde kanunun çeşitli maddelerine yapılan atıflar vasıtasıyla belirlendiği görülmektedir⁹⁶. Ancak bir Danıştay kararında da belirtildiği üzere, kanunda düzenlenmeyen başvuru sürelerinin yönetmelikle belirlenebilmesi doğru görülmemektedir. Sürenin hem bir başvuru yoluna hem de gümrük borcunu sona erdiren bir sebebe ilişkin olması itibarıyla eğer süre konusunda ayrı bir belirleme yapılmak

⁹⁵ Topluluk Gümrük Kodu kapsamında gereçlendirilebilir istisnaî haller hakkında açıklamalar için bkz. **Poscinosznow**, s. 7.

⁹⁶ "Gümrük beyannamesinin iptalinin eşyanın tesliminden önce yapılması halinde ödenmiş gümrük vergilerinin geri verilmesine ilişkin talebin Kanunun 46'ncı maddesinde ve 70 inci maddesinin ikinci fıkrasında; diğer iptal durumlarında iptal sebebine göre 124'üncü, 125 inci, 127'nci ve 129 uncu maddelerde belirlenen süreler içerisinde yapılması gerekir." (GY. m. 499/1, c.2).

isteniyorsa, bunun kanunda açıkça, bir şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁹⁷. Bu bakımdan genel bir başvuru sebebi olması itibariyle 211'inci maddedeki başvuru sürelerinin beyannamenin iptali açısından da göz önünde bulundurulabileceği düşünülmektedir⁹⁸. Nitekim beyannamenin iptal edilmesi gümrük borcunu sona erdiren bir sebep olduğundan (GK. m. 208) 211'inci maddede yer alan kanunen ödenmemesi gerekme durumu, beyannamenin iptali bakımından da zaten gerçekleşmiş olacaktır.

Gümrük Kanunu'nun 194'üncü maddesinde yer alan telafi edici vergi bakımından da başvuru süresinin ne zaman başlayacağı hususu belirsizdir. Çünkü burada ithalata ilişkin vergi, ihracat sırasında doğmakta; eşya gümrük bölgesini terk edene kadar da verginin ödenmesi gerekmektedir. Burada vergilerin yükümlüye ne zaman bildirildiği hususu belirsiz olduğundan süre hesabı açısından vergilerin yükümlüye bildirilmesine ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır⁹⁹.

⁹⁷ Bununla birlikte Topluluk Gümrük Kodu'nun 237'nci maddesinde düzenlenen, beyannamenin iptali halinde geri verme ve kaldırma başvurusu için sürenin tıpkı Gümrük Kanunu'nun 212'nci maddesindeki gibi beyannamenin iptali için belirlenen süreye atıf yapılarak belirlendiği görülmektedir. Beyannamenin iptalini düzenleyen 66'ncı maddede ise süre konusunda yine bir belirleme yapılmamış; Avrupa Topluluğu Gümrük Kodu Uygulama Yönetmeliği'nin 251'inci maddesinde, eşyanın tesliminden sonra beyannamenin iptalinin kural olarak tescil tarihini takip eden günden itibaren üç ay içinde istenebileceği belirlenmiş, bununla birlikte bu sürenin istisnaî hallerde gerekçelendirilmek kaydıyla gümrük idaresi tarafından uzatılabileceği düzenlenmektedir. (Açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Art. 237, Rz. 19, 20). Her ne kadar iç hukukta Gümrük Yönetmeliği ile Avrupa Topluluğu Gümrük Kodu Uygulama Yönetmeliği'nin gördüğü işlev karşılanmaya çalışılıyorsa da norm değeri bakımından iki düzenlemeyi kanunilik ve belirliliği sağlama noktasında aynı seviyede görebilmek mümkün değildir. Ancak bu noktada beyannamenin iptali için genel başvuru süresinden farklı ve daha kısa bir süre belirlenmeye çalışıldığı ortadadır.

⁹⁸ Gümrük Kanunu'nun 212'nci maddesinde iptal edilen beyannameye dayanılarak ödenen gümrük vergisinin geri verilmesi istemiyle yapılacak başvurunun süresine ilişkin kanunda boşluk olduğu, belirlemenin Gümrük Yönetmeliği'nin 499'uncu maddesi ile yapıldığı, normlar hiyerarşisine göre üst kademe de yer alan boşluğun alt kademe de yer alan norm ile doldurulmasının mümkün olmadığı ve bu nedenle 211'nci maddesinde öngörülen genel geri verme sebebi için belirlenen üç yıllık sürenin bahsedilen boşluğun giderilmesi amacıyla beyannamenin iptali halinde de uygulanmasının gerektiği hakkında bkz. Dş. 7. D. 4.5.2016 tarih ve E. 2013/4415; K. 2016/4282 sayılı kararı (Özel Arşiv).

⁹⁹ Gümrük Kanunu'nun 194'üncü maddesi kapsamında doğan telafi edici verginin fazla alındığının anlaşılması durumunda, geri verme başvurusunda sürenin başlangıç tarihi olarak ihracat beyannamesinin tescil tarihinin mi, yoksa yapılan kontroller sonucunda ilgili gümrük idaresine ya da yükümlüye yapılan tebliğ tarihinin mi esas alınacağı ko-

Ç. Başvurunun İncelenmesi

Gümrük idaresinin -başvuran kişinin hangi sebebe dayandığı ile bağlı olmaksızın- Gümrük Kanunu'nun 212 ilâ 214'üncü maddelerinde yer alan tüm geri verme ve kaldırma sebepleri bakımından kapsamlı bir araştırma/ değerlendirme yapması gerekmektedir¹⁰⁰. Bu noktada geri verme ve kaldırma talebinin uygulanması muhtemel sebep bakımından süresi içerisinde gümrük idaresine iletilmiş olması gerekli ve yeterlidir¹⁰¹. Bu sayede tek tip bir idarî süreç gerçekleştirilebilmekte, yükümlülerin her bir sebebi ayrı ayrı dayanak göstererek birden fazla idarî süreç başlatmalarının önüne geçilebilmektedir¹⁰². Nitekim farklı kanunî temeller için dahi olsa bir başvurunun bölünmesi ve her bir başvuru için ayrı karar verilmesi bir usûl hatası olarak görülmektedir. Bu bakımdan kişilerin farklı sebeplere dayanarak ardı ardına birden çok geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunmaları halinde bu konuda tek bir kararın verilmesi uygun görülmektedir¹⁰³.

Aynı ithalat işlemine dayalı olarak doğan gümrük vergileri açısından aynı kişi tarafından birden çok geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunulması konusunda da bir engel bulunmamaktadır. Öyle ki konu hakkında

nusunda tereddütler yaşandığı, bu tereddüdün giderilmesine yönelik düzenleme ihtiyacı bulunduğu hakkında görüş ve öneriler için bkz. **Keleş**, Şükrü: "Telaflı Edici Verginin Geri Verilmesinde Yaşanan Tereddütler", (Gümrük ve Ticaret Dünyası, S. 95, 2017/4, s. 53-56), s. 54-56.

¹⁰⁰ Topluluk Gümrük Kodu'nda 237 ilâ 239'uncu maddeler arasında yer alan bu sebepler bakımından yapılan değerlendirme için bkz. **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 2, s. 1752; **Lux**, s. 488, 489.

¹⁰¹ Bir başvuru sahibinin, aslında bunu yapmak zorunda olmamasına rağmen, geri verme ve kaldırma talebini Topluluk Gümrük Kodu'nun 239'uncu maddesi ve bu düzenlemenin uygulamasını gösteren Yönetmelik maddesine dayandırması; ancak somut olayın şartlarının bu düzenlemeye uygun olmaması durumunun, geri verme ve kaldırma başvurusunu inceleyen idarenin Topluluk Gümrük Kodu Uygulama Yönetmeliği'nin 900 ilâ 904'üncü maddeleri arasında düzenlenen diğer sebepleri de inceleme görevini ortadan kaldırmadığı hakkında bkz. ABAD 11.11.1999 tarih ve C-48/98 sayılı kararının 89'uncu paragrafı. (<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?oqp=&for=&mat=or&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&num=C-48%252F98&page=1&dates=&pcs=Oor&lg=&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=de&avg=&cid=8158040>, E.T. 02.04.2019)

¹⁰² Topluluk Gümrük Kodu kapsamında açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 2, s. 1752.

¹⁰³ Topluluk Gümrük Kodu kapsamında açıklamalar için bkz. **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 2, s. 1752. Ayrıca Alman Federal Vergi Mahkemesi'nin 20.07.2004 tarih ve VII R 99/00 sayılı kararına atfen yapılan açıklamalar için bkz. **Poscinosznaw**, s. 7.

yeni bir içtihadın ortaya çıkması ya da geçmişe etkili lehe bir kanun değişikliğinin olması gibi daha önceden ileri sürülemeyen/idare tarafından değerlendiril(e)meyen, maddî ya da hukukî bir sebebe dayanılması durumunda yeni bir başvuruda bulunulması gerekebilir. Önceki başvurunun kısmen ya da tamamen reddedilmiş olması başvuru süresi devam ettiği sürece aynı konu hakkında yeni bir karar verilmesini engellemez. Ancak somut olay hakkında bir mahkeme kararının verilmesi durumunda gümrük idaresinin mahkeme kararını uygulaması gerektiğinden yeni bir karar verme ihtimali bulunmamaktadır. Ayrıca başvuru yaparken hiçbir şartın değişmemesine rağmen, aynı dilekçe ile idareyi gereksiz yere meşgul edecek şekilde talepte bulunulması hakkın kötüye kullanılması çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir husus olduğundan bu başvuruların başvuran lehine bir sonuç doğurmayacağı göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹⁰⁴.

Geri verme veya kaldırma başvurusuna ilişkin inceleme kapsamında yapılacak işlemler; tutulacak kayıtlar, ticaret politikası önlemlerinin uygulanması, tercihli tarife belgelerinin kullanılması gibi özel durumlarda izlenecek usûl gibi diğer konular Gümrük Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir (GY. m. 503 vd). Konusu ve gümrük idaresinin aynı olması, aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık bulunması şartıyla birden fazla beyanname, ek tahakkuk ve ceza kararlarından aynı olanlar için tek bir geri verme veya kaldırma kararı düzenlenebilmektedir (GY m. 502/6). Karar verecek olan gümrük idaresi, yaptığı incelemeler sonucunda başvuruyu tamamen kabul edebileceği gibi başvurunun kısmen ya da tamamen reddine de karar verebilmektedir. Bu kararın başvurana yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir. Kararın kısmen ya da tamamen başvuran aleyhine olması durumunda, Gümrük Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince kararın ayrıca itiraz yolu açık olmak üzere gerekçelendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁵.

D. Başvurunun Sonuçları

1. Genel Olarak

Geri verme ve kaldırma incelemesi neticesinde verilen talebin kısmen ya da tamamen kabulüne/reddine ilişkin karar Gümrük Kanunu anlamında

¹⁰⁴ Topluluk Gümrük Kodu kapsamında aynı konu hakkında birden çok geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunulması durumu hakkında değerlendirmeler için bkz. **Witte/Alexander**, Vor. Art. 235, Rz. 20, s. 1756, 1757. Ayrıca bkz. **Poscinosznaw**, s. 8.

¹⁰⁵ **Poscinosznaw**, s. 7, 8. Gümrük Hukuku'nda aleyhe idarî kararların gerekçelendirilmesi gereği, gerekçenin önemi ve gerekçe şartına uyulmayan idarî kararların şekil unsuru yönünden hukuka aykırılık taşıyacağı hakkında bkz. **Gök**, Gümrük, s. 247- 377,378

bir karar olduğundan -mevcut uygulama gereğince- yargı yoluna başvurulmadan önce itiraz yolunun tüketilmesi gerekmektedir. Geri verme ve kaldırma kararı müteselsil sorumluluk ve ödenecek faiz bakımından özellik arz ettiğinden başvurunun sonuçları bu iki husus açısından değerlendirilmektedir.

2. Müteselsil Sorumluluk Bakımından

Gümrük borcundan sorumlu tutulan birden fazla kişinin bulunması durumunda kaldırma kararının nasıl etki edeceğinin ele alınması gerekmektedir. Çünkü Gümrük Kanunu'nun 192'nci maddesi gereğince aynı gümrük vergilerinin ödenmesinden birden fazla kişinin yükümlü sayılması durumunda bu kişiler arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olmaktadır. Kaldırma kararı müteselsil borçluların tamamına otomatikman etki etmemekte, borçluların tamamı açısından sonuç doğurabileceği gibi yalnızca başvuran açısından da sonuç doğurabilmektedir. Bu konuda açık bir düzenleme yoktur; ancak mantıken eğer gümrük yükümlülüğünü doğuran olayın aslında gerçekleşmemiş olması sebebiyle kaldırma söz konusu ise, bu kaldırma kararı tüm müteselsil borçlular açısından hüküm ve sonuç doğuracağı; buna karşın gümrük borcu, kişinin şahsına bağlı bir sebepten doğmuş ise, kaldırma kararının sadece bu kişi açısından sonuç doğuracağı sonucuna ulaşmak gerekmektedir. Zaten böyle bir durumda da yalnızca ilgili kişi kaldırma başvurusunda bulunabilecektir¹⁰⁶.

3. Ödenecek Faiz Bakımından

Geri verme açısından değinilmesi gerekli görülen bir diğer konu, Gümrük Kanunu'nun 216'nci maddesinde geri verme ve kaldırma uygulamasında kişilere ödenecek faize ilişkin düzenlemenin geçirdiği değişimlerdir. Daha önceden "*yetkili idareler tarafından, gümrük vergileri ile bunların ödenmelerine bağlı olarak tahsil edilmiş gecikme faizinin veya gecikme zammının geri verilmesinde idarece faiz ödenmez*" şeklinde kanunda yer alan düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından kişinin belli bir dönem için faiz gelirinden mahrum kalması sonucunu doğurarak kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengenin bozulmasına ve mülkiyet hakkının ihlâline neden olması gerekçesiyle iptal edilmiştir¹⁰⁷. Ardından Vergi Usul Kanunu'nun

¹⁰⁶ Topluluk Gümrük Kodu'nun 235'inci maddesinde tanımlanan geri verme ve kaldırmanın müteselsil borçluluk bakımından etkileri hakkında bkz. **Witte/Alexander**, Art. 235, Rz. 9, s. 1760; **Beck/Bendix/Huchatz**, s. 72; **Poscinosznow**, s. 27.

¹⁰⁷ Bkz. AyM. 22.05.2014 tarih ve E:2013/104 ve K:2014/96, (RG. 12.12.2014- 29203).

112'nci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki gibi bir gelişme bir süre boyunca yaşanmamış ve geri verme bakımından ödenecek faizin kanunda yer alması, hukuk devleti ilkesine uygunluk bakımından bir eksiklik olarak görülmüştür¹⁰⁸. Çünkü hukuka aykırı olarak tahsil edilen; ancak daha sonra iade edilen vergiler için faiz ödenmesi, “hukuk devleti” olmayı sağlayan unsurlardan biridir. Bu nedenle özel bir düzenleme olmasa dahi idarenin faiz ödemesi mümkün olabilmektedir. Sorumluluk hukuku ilkeleri gereği hukuka aykırı olarak alınan verginin geri verilmesi sırasında, yükümlülerin enflasyon ve kârdan mahrum kalma sebebiyle uğrayacakları zararın tam yargı davası yoluyla giderilebilmesi mümkündür¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Gecikme faizi ve gecikme zammının mükellefin uğradığı haksızlığı telâfi etme amacıyla hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu; gümrük vergilerinin iadesinde de imkân tanıyacak bir düzenleme yapılmasının gerektiği hakkında bkz. **Erdem**, Faiz, (www.yaklasim.com, E.T.07.11.2016). Ayrıca “*somut başvuruya konu davada idarece vergi adıyla fazla ve yersiz tahsil edilen ve Mahkeme kararıyla iadesine karar verilen bedelin ödenmesinde 4458 sayılı Kanun'un 216. maddesi gereği faiz uygulanmadığı, bahsedilen kanun maddesinin somut başvuruya konu davanın kesinleşmesinden sonra 22/5/2014 tarihinde iptal edildiği, Ülkemizin ekonomik koşulları dikkate alındığında, başvurucudan fazla veya yersiz yapılan tahsilâtın tarihi ile İadesi amacıyla açılan davanın lehine sonuçlanması arasında geçen sürede enflasyona bağlı olarak meydana gelen değer kaybı ve başvurucunun bu süre zarfında kendi mülkünü kullanma, tasarruf etme, yararlanma hakkından mahrum kalması nedenleriyle mağdur olduğu, mağduriyete hatalı vergi tahakkuk ve tahsil işlemlerinin neden olduğu, uygulamanın alacaklı-borçlu ilişkisinin alacaklı başvurucu aleyhine gümrük idaresi lehine bozulmasına yol açtığı, bahsedilen mağduriyetler dikkate alındığında, başvurucunun üzerine haklı gösterilemeyecek şekilde orantısız ve aşırı yük bindiği ve ulaşılmak istenen kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengenin bozulduğu sonucuna ulaşılmaması” hakkında bkz. AyM. 6.5.2015 tarih ve B. 2013/1993 nolu bireysel başvuru kararı (R.G. 27.6.2015 -29399). Aynı yönde AyM. 25.2.2015 tarih ve B. 2013/28 nolu bireysel başvuru kararı (R.G. 27.5.2015- 29368). Kararlar için bkz. (www.kazanci.com.tr , E.T. 10.04.2017). Söz konusu kararların mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale içermesi hakkında açıklamalar için bkz. **Uygun**, **Esra/ Gerçek**, **Adnan**: “Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 29, Ocak 2017, s. 167-191), s. 184, 185. Ayrıca bkz. **Nural**, s. 628. VUK m. 112/4 kapsamında iade faizine ilişkin bkz. **Mutluer**, M. Kâmil/ **Dayanç**, N. Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014, s. 123; **Erol**, s. 104 vd. Ayrıca bkz. **Gök**, Gümrük, s. 190, 191.*

¹⁰⁹ **Karakoç**, Yusuf: “Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulaması (I)”, *Mükellefin Dergisi*, S. 107, Kasım 2001, s. 33-44, (Faiz-I), s. 34; **Candan**, Turgut: “Hukuka Aykırı Olarak Tahsil Edilen Vergilerin Geri Verilmesinde Faiz”, (*Mali Çözüm Dergisi*, S. 118, Temmuz-Ağustos 2013, s. 161-186), (Faiz), s. 164. Ayrıca bkz Vergi Usul Kanunu'nun 112'nci maddesinin 1, 2 ve 4'üncü fıkralarının

Bununla birlikte 7190 sayılı Gümrük Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹¹⁰ 8'inci maddesiyle iade faizi ile ilgili 216'ncı madde yeniden düzenlenmiştir. Buna göre:

“1. Gümrük vergileri ile bunların ödenmelerine bağlı olarak tahsil edilmiş gecikme faizinin veya gecikme zammının geri verilmesinde, geri vermeye konu fazla tahsilatın yükümlüden kaynaklanması durumunda geri verme başvurusunun yapıldığı tarihten, diğer durumlarda ise tahsilat tarihinden geri verme kararının tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için geri verilecek tutar üzerinden, aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ödenir.

2. Geri verme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde idarece söz konusu kararın uygulanmaması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine, tebliğ tarihinden ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için geri verilecek tutar üzerinden, aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz ödenir.”

Bu düzenleme ile daha önce Vergi Usul Kanunu'nun 112'nci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki düzenlemenin geçirdiği sefahate benzer bir yaklaşım geliştirilmektedir. Para cezaları geri verme ve kaldırma kapsamında olmasına rağmen, geri verme sırasında ödenecek faizi düzenleyen 216'ncı maddenin lafzında para cezalarına yer verilmemektedir. Bu itibarla para cezalarının geri verilmesi halinde de gümrük idareleri tarafından faiz ödenmesi gerektiği belirtilmektedir¹¹¹. Nitekim haksız bir şekilde hazineye geçen maddî değer in iadesinde faiz ödenmesi sorumluluk hukuku ilkeleri gereğidir. Ayrıca düzenlemede geri vermede ödenecek faiz bakımından bir sınırlamaya gidilmesinin ve bu sınırlamada, fazla tahsilâta mükellefin sebep olup olmasına göre bir ayrıma gidilmiş olmasının, getirilen kuralın yorumu konusunda belirsizliklere neden olabileceği belirtilmektedir¹¹². Mevcut hali ile

Anayasa'ya aykırılık iddiası hakkında AyM. 15.12.1998 tarih ve E. 1997/34; K. 1998/79, (RG. 26.11.1999-23888).

¹¹⁰ 24.10.2019 tarih ve 7190sayılı Gümrük Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, (RG. 7. 11.2019 – 30941).

¹¹¹ **Yerci**, Gümrük, s. 447.

¹¹² Hukuka aykırı olarak tahsil edilen verginin geri verilmesinde faiz ödenmesine ilişkin düzenlemenin ölçülülük ilkesinin gereklilik unsuru yönünden uygun olduğu; ama amaç ve araç dengesinin gözetilmemesi itibariyle orantılılık unsuru bakımından uygun görülmediği; bu itibarla mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil etmesi nedeniyle anayasaya aykırılık iddiasının tekrar gündeme gelebileceği hakkında açıklamalar için bkz. **Yumuk**, Kanuna Aykırılık, s. 569, 570. Ayrıca geri vermeye konu olan fazla

anayasaya aykırılığı halen tartışılabilir durumda olan düzenleme konusunun yeniden ele alınması gerekmektedir. Bu konuda yapılacak düzenlemenin vergilerin tahsil usul ve esaslarını düzenleyen Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer almasının daha uygun olacağı ve bu şekilde yapılacak bir düzenlemede, iade edilmesi gereken yükümlü alacaklarına faiz uygulaması kapsamına hangi alacakların girdiğinin; hangi hallerde ve hangi oranda uygulanacağıın da tereddütlere yer vermeyecek şekilde belirtilmesi daha uygun görülmektedir¹¹³.

tahsilâtın yükümlüden ya da idareden kaynaklanması durumuna göre örnekler için bkz. **Yerci**, Gümrük, s. 447.

- ¹¹³ Vergi Usul Kanunu'nun 112'nci maddesi kapsamında geçirilen sürecin Gümrük Kanunu'nun 216'ncı maddesi ile benzerlik göstermesi sebebiyle, o düzenleme bakımından getirilen eleştiriler bu çalışmada da benimsenmektedir. Bkz. **Karakoç**, Yusuf: "Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulaması (II)", *Mükellefin Dergisi*, S. 108, Aralık 2001, s. 114-125, (Faiz-II), s. 122, 123; **Candan**, Faiz, s. 162-164. Devletin verginin alacaklısı olduğu durumlarda gecikme zammı oranında faiz alırken, iade etmesi durumunda tecil faizi ödemesine ilişkin düzenlemelerin adaletsiz olduğuna yönelik açıklamalar için bkz. **Candan**, Faiz, s. 182, 183. Buna karşın gecikme zammında/gecikme faizinde müeyyide niteliği olduğu; devletin iade ederken de aynı oranla ödemek zorunda olmadığı, şahsın devlete karşı yaptırım uygulama ihtimalinin olmadığı; ancak ödenecek tecil faizi oranında ödenen faiz dışında bir zarar söz konusuysa, zararın tazmininin somut olayın özelliğine göre çözülmesi gerektiği hak-kında bkz. **Karakoç**, VII. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu, Soru-Cevap ve Tartışmalar (1. Oturum), s. 92. Buna karşın fazla veya yersiz bir şekilde alınan bir bedel nedeniyle borca sahip olmak veya alacak hakkı sahibi olmak bakımından kamu tüzel kişiliği ile özel şahısların (mülkiyet hakkı açısından) aynı durumda olduğu; burada fazla veya yersiz vergi tahsili nedeni ile borç-alacak ilişkisi doğduğu; devletin vergi koyarkenki kamu gücünün, önceliği ve ayrıcalığı kullanma yetkisinin söz konusu olmadığı; alınan bedelin fazla veya yersiz olduğu tespit edildikten sonra yersiz tahsilât veya fazla alınan bedel sebepsiz zenginleşme benzeri bir borç-alacak ilişkisine dönüştüğü hakkında bkz. **Er**, Selami: "Anayasal İlkeler Bağlamında Faiz veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Faiz Ödenme(me)si Sorunu", (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 9, s. 33-70), s. 56. Bireylere devletten daha fazla faiz ödenebileceği, çünkü bu durumda uğradıkları zararın çok sübjektif olduğu, eğer kişiler uğranan zarar bakımından bir banka kredisi çekmişler ise, ödenecek faizin bankaya ödenen faizden ibaret olacağı görüşü hakkında bkz. **Akkaya**, VII. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu, Soru-Cevap ve Tartışmalar (1. Oturum), Yedinci Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu (Bildiri Kitabı), (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, s. 91, 92. Ayrıca İdareye tanınan üç aylık normal işlem süresine yönelik eleştiriler için bkz. **Karakoç**, Faiz-II, s. 115, 116. Üç ay faiz ödenmemesinin uygulamada genellikle idarelerce hiç faiz ödenmemesi anlamına geldiği hakkında ayrıca bkz. **Er**, s. 66.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Geri verme ve kaldırma fazla tahakkuk ettirilen ya da tahsil edilen gümrük vergileri ve para cezaları açısından anlaşmazlıkların idarî aşamada giderilmesine hizmet eden bir idarî çözüm yoludur.

Kapsama dahil olan gümrük vergileri ve cezaları kanunî dayanakları açısından birbirinden bağımsız değerlendirilmektedir. Nitekim beyannamenin iptali halinin yürürlükteki ceza hükümlerinin uygulanmasına bir engel oluşturmayacağı kanunda açıkça düzenlenmektedir.

Geri verme ve kaldırma kapsamında özellik gösterdiği belirtilen İthalatta alınan Katma Değer Vergisi, TRT Bandrol ücreti ve Dampinge karşı vergiden yola çıkılarak başvuru bakımından değerlendirmenin ithalat sırasında alınan her bir malî yükümlülüğün özellikleri, bir gümrük vergisi olup olmadığı, indirim mekanizmasının işleyip işlemediği, diğer gümrük vergilerinden ayrı tahsil edilip edilmediği ve kendi özel kanunlarında geri verme ve kaldırma açısından ek farklı düzenlemelere yer verilip verilmediği gibi hususlar dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

Geri verme ve kaldırma sebepleri arasında genel bir sebep olarak Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesinde düzenlenen kanunen ödenmesinin ya da tahakkuk ettirilmemesinin gerekmesi durumunu değerlendirirken, öncelikle vergiyi doğuran olayları ve günlük hayatta tipikliği sağlayan tüm unsurları göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Ayrıca gümrük borcunun doğmamış sayılacağına ya da vergilerin istenmeyeceğine ilişkin kanun seviyesindeki özel düzenlemeleri de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Kanunda yer almadığı halde geri verme ve kaldırma kararının verilebilmesi için kanuna aykırı olduğunun herhangi bir inceleme, araştırma ve yoruma gerek olmaksızın açıkça anlaşılabilir olması koşulunu aramak kanunilik ilkesine aykırıdır.

İthalatta bir ticaret politikası önlemi olarak uygulanan gözetim uygulamasında referans fiyat üzerinden bilerek ve isteyerek beyan edilen gümrük kıymetine göre hesaplanan verginin, satış bedeli çerçevesinde fiilen ödenen/ ödenecek bedelin daha az olduğu gerekçesi ile geri verme ve kaldırma başvurusuna konu edilebilmesi mümkün değildir. Öte yandan söz konusu ticaret politikası önleminin uygulanabilirliğinin sağlanması noktasında bir baskı aracı olarak fiili Gümrük Kanunu'nun 235'inci maddesinin 1-c bendinde yazılı kabahat çerçevesinde değerlendirmek de doğru görülmemektedir. Bu noktada mevcut şartlar altında yapılması gereken gözetim uygulamasını gümrük kıymetine ilişkin kuralların bir tamamlayıcısı olarak görmek ve bilerek istenerek gözetim marjı üzerinden kıymet beyan eden gümrük

yükümlüsünün geri verme talebini reddetmek ile sınırlı olmalıdır. Dürüstlük kuralı çerçevesinde üstüne düşen ödevi zamanında yerine getirmesine rağmen, gözetim belgesine erişemeyen ve dolayısıyla gümrük idaresine ibraz edemeyen gümrük yükümlüsü açısından oluşan adaletsiz durumun da hem mevzuat hem de uygulama bazında giderilmesi gerekmektedir.

Geri verme ve kaldırma başvurusunda süre konusunda beyannamenin iptali ve Gümrük Kanunu'nun 194'üncü maddesinde düzenlenen telafi edici vergi açısından kanun seviyesinde daha açık ve anlaşılır düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Geri verme ve kaldırma başvurusu, Gümrük Kanunu'nun 6'ncı maddesi anlamında bir karar talebidir. Bu yüzden başvuru sonucunda verilen karar Gümrük Kanunu'nun 242'nci maddesinde düzenlenen itiraz yoluna tabidir. Ayrıca tahakkuk kararının tebliği üzerine geri verme ve kaldırma başvurusunda bulunmak yerine itiraz yoluna başvurmak, ispat yükü, idarenin denetim alanının genişliği ve yargı yoluna daha çabuk ulaşımın sağlanması noktasında yükümlünün lehine sonuçlar doğurabilmektedir.

Kaldırma kararı müteselsil borçluların tamamına otomatikman etki etmemekte, borçluların tamamı açısından sonuç doğurabileceği gibi yalnızca başvuran açısından da sonuç doğurabilmektedir. Bu konuda açık bir düzenleme yoktur; ancak mantiken eğer gümrük yükümlülüğünü doğuran olayın aslında gerçekleşmemiş olması sebebiyle kaldırma söz konusu ise, bu kaldırma kararı tüm müteselsil borçlular açısından hüküm ve sonuç doğuracağı; buna karşın gümrük borcu, kişinin şahsına bağlı bir sebepten doğmuş ise, kaldırma kararının sadece bu kişi açısından sonuç doğuracağı sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Hukuka aykırı olarak tahsil edilen; ancak daha sonra iade edilen vergiler için faiz ödenmesi, "hukuk devleti" olmayı sağlayan unsurlardan biridir. Sorumluluk hukuku ilkeleri gereği hukuka aykırı olarak alınan verginin geri verilmesi sırasında, özel bir düzenleme olmasa dahi yükümlülerin enflasyon ve kârdan mahrum kalma sebebiyle uğrayacakları zararın tam yargı davası yoluyla giderilebilmesi mümkündür. Gümrük Kanunu'nun 216'ncı maddesinde geri verme sırasında ödenecek faiz bakımından getirilen yeni düzenlemede bir sınırlamaya gidilmesi ve bu sınırlamada, fazla tahsilâta mükellefin sebep olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmiş olması, getirilen kuralın yorumu konusunda belirsizlikler içermektedir. Bu bakımdan anılan düzenleme Anayasa'ya uygunluk tartışmasının yenilenmesine sebep olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2016.
- Alan**, Nuri: “İptal Davalarının Ön ve Esastan Kabul Şartları”, (Danıştay Dergisi, Y. 13, S. 50-51, Ankara 1983, s. 22-50).
- Armağan**, Aylin/**Seyhan**, Serkan: “Gümrük Kanunu’nda İdari İtiraz Yolu”, (Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S.2, 2020, 441-460).
- Avcı**, Işıl Emine: “Gümrük Vergilerinin Geri Verilmesi ve Kaldırılması”, (Gümrükte Uzman Görüş, Y. 9, S. 31, Ekim-Aralık 2011, s. 16-22).
- Aydın**, Selman/**Topuz**, Nurdane/**Beyribey**, Kurtuluş: Gerekçeli, Notlu, İçtihatlı, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu ve İlgili Mevzuat, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2000.
- Beck**, Michael/**Bendix**, Kristen/**Huchatz**, Wolfgang: Lehrbuch Abgabenrecht für Zölle und Verbrauchsteuern, (nwb Ausbildung), Herne 2012.
- Bulut**, Mustafa Kemal: “Gümrük Vergisine Eş Etkili Vergi ve Mali Yüklerin Gümrük Vergisi Tanımı Kapsamında Değerlendirilmesi”, (Vergi Dünyası Dergisi, S. 334, Ekim 2007, s. 139-148).
- Bulutoğlu**, Kenan: Türk Vergi Sistemi, Değişik ve Genişletilmiş Altıncı Basılış, (Ongun Kardeşler Matbaacılık), Ankara 1979.
- Candan**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Yedinci Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, (İdarî Yargılama).
- Candan**, Turgut: “Hukuka Aykırı Olarak Tahsil Edilen Vergilerin Geri Verilmesinde Faiz”, (*Mali Çözüm Dergisi*, S. 118, Temmuz-Ağustos 2013, s. 161-186), (Faiz).
- Candan**, Turgut: Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Dördüncü Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2018, (Amme Alacakları).
- Camtez**, Murat: Gümrük Mevzuatı, 1. Baskı, (T.C. Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2624, Açık Öğretim Fakültesi Yayını No: 1592), Eskişehir, 2012.
- Çağlayan**, Ramazan: İdarî Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2015.

- Çelik**, Binnur: “İthalde Alınan Katma Değer Vergisi ve Günümüzdeki Önemi”, (Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Ankara 1999, s. 117-125), (İthalde Alınan KDV).
- Çelik**, Binnur: Dış Ticaretten Alınan Vergilerden Gümrük Vergisi Hukuku, (İmaj Yayıncılık), Ankara 1999, (Gümrük).
- Çıldır**, Şentürk/**Denizhan**, Hüseyin: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 2. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2016.
- Çiçek**, Hüseyin Güçlü/**Atalay**, Orhan: “Gümrük İdarelerinde Eş Etkili Vergiler ve Fonların Tahsili, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, (Gümrük ve Ticaret Dergisi, C. 4, Y. 2017, S. 10, s. 15-24).
- Dağkiran**, E. Bilgehan: “İthalatta Gözetim Uygulaması-İkincil ve Sonradan Kontrol Açısından Değerlendirilmesi”, (Gümrükte Uzman Görüş, Y. 9, S. 28-29, Ocak-Haziran 2011, s. 43-48).
- Demir**, Nurettin: “İthalatta Gözetim Uygulaması (Sorunlar ve Çözüm Önerileri)”, (Gümrük ve Ticaret Dünyası, Y. 2017/4, S. 95, s. 19-23).
- Derdiyok**, Türkmen: Dış Ticarete Vergi ve Mali Yükümlülükler, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013.
- Er**, Selami: “Anayasal İlkeler Bağlamında Faiz veya Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Faiz Ödenme(me)si Sorunu”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 9, s. 33-70).
- Ercan**, Tayfun: Türk Hukukunda Gümrük Kabahatleri, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2016, (Kabahatler).
- Ercan**, Tayfun: Gümrük Hukuku, (Ekin Yayınevi), Bursa, 2019, (Gümrük).
- Eren**, Hayrettin/**Şişman**, Gülден: “İdari İşlem Açısından Vergilendirme Sürecine Bakış” (Prof. Dr. Muallâ Öncel’e Armağan, Cilt I, Ankara 2009, s. 747-813).
- Erkut**, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Tıpkı Basım, (Danıştay Yayınları), Ankara 2015.
- Ertuğrul**, Ömer: “Gümrük İşlemlerinde İhracat Vergisi: Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu Kesintisi”, (Gümrük ve Ticaret Dünyası, S. 96, Y. 2018/1, s. 34-39).
- Fuchs**, Karl: Bundesabgabenordnung und EG- Zollrecht, (Linde Verlag), Wien 2006.
- Gök**, Özgecan: Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, (Gümrük).
- Gök**, Özgecan: “İthalatta Alınan Katma Değer Vergisi Bir Gümrük Vergisi midir?” (IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu Genç Akademis-

- yenler Yeni Yaklaşımlar Bildiri Kitabı, Atılım Üniversitesi Yayınları No: 64, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 2, s. 31-45), (İthalatta KDV).
- Gök**, Özgecan: “Repayment and Remission of Duty –As An Administrative RemedyIn Customs Tax Law: Issues Encountered in Praxis” (34. International Public Finance Conference / Turkey Proceedings Book, Istanbul University Publication No: 5253 Faculty of Economics Publication No: 655; <http://www.maliyememozumu.org/wp-content/uploads/2019/11/34th-international-public-finance-conferenceturkey-proceedings-book.pdf> , E.T. 20.01.2021, s. 272-280), (Repayment and Remission).
- Göker**, Cenker: “Dış Ticaret İşlemlerine Konulan Ek Mali Yükümlülüklerde Öngörülebilirlik İlkesi Üzerine Bir Deneme”, (Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 113-124), (Ek Malî Yükümlülük).
- Göker**, Cenker: Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2013, (KDV Konusu).
- Gözler**, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I., İkinci Baskı, (Ekin Yayınları), Bursa 2009.
- Gözler**, Kemal/**Kaplan**, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, (Ekin Yayınları) Bursa 2016.
- Gözübüyük**, A. Şeref: Yönetmelik Yargı, 36. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2017.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku C.II. İdari Yargılama Hukuku, 9. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2017.
- Gültekin**, Raşit: Türkiye’de Dış Ticaretten Alınan Vergiler ve Eş Mali Yükümlülükler, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Edirne 2008.
- Günday**, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, (İmaj Yayınevi), Ankara 2011.
- Gümüş**, Mustafa: İthalatta Vergi ve Mali Yükler, (Ankara Gümrük Müşavirleri Derneği- Önka Matbaa), Ankara 2018.
- Hacıköylü**, Canatay: “İthalat Sırasında Ödenen Vergiler ve Diğer Mali Yükümlülükler: Türkiye ve Cep Telefonu İthalatı”, (Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.7, S. 1, Ocak 2015, s. 21-36).
- Haltern**, Ulrich: Europarecht -Dogmatik im Kontext-, 2. Neubearbeitete Auflage, (Mohr Siebeck), Tübingen 2007.

- Işıklar**, Celâl: “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen ve Usûlü”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, S. 6, Temmuz 2011, s. 69-140).
- Kağıtçıoğlu**, Mutlu: “İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Mercî Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 30, Nisan 2017, s. 237-271), (İdarî Mercî Tecavüzü).
- Kalabalık**, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 12. Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2018.
- Karakoç**, Yusuf: “Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulaması (I)”, *Mükellefin Dergisi*, S. 107, Kasım 2001, s. 33-44. (Faiz-I)
- Karakoç**, Yusuf: “Vergi İdaresince İade Edilmesi Gereken Yükümlü Alacaklarına Faiz Uygulaması (II)”, *Mükellefin Dergisi*, S. 108, Aralık 2001, s. 114-125. (Faiz-II)
- Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara 2014, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku, 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, (Vergi Yargılaması).
- Kaya**, Sezai: “Gümrükte Vergi Planlaması”, (Mali Çözüm Dergisi, S. 105, Mayıs-Haziran 2011, s. 109-126).
- Keleş**, Şükrü: “Telafi Edici Verginin Geri Verilmesinde Yaşanan Tereddütler”, (Gümrük ve Ticaret Dünyası, S. 95, 2017/4, s. 53-56)
- Kılıç**, Kaptan: Kaçakçılık Suçları Gümrük Kabahatleri ve Gümrük Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, (Gazi Kitabevi), Ankara 2013.
- Lux**, Michael: Das Zollrecht der EG (Handbuch für Praktiker mit Musterfällen und Praxistipps), 3. Auflage, (Bundesanzeiger Verlag), Köln 2009.
- Mutluer**, M. Kâmil/**Dayanç**, N. Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Değiştirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2014.
- Nural**, Ali: 4458 Sayılı Gümrük Kanunu -Açıklamalı-, [Yeni Gümrük ve Ticaret Müfettişleri Derneği İktisadi İşletmesi Yayın No: 2 (33)], Ankara, 2015.
- Oktar**, S. Ateş: “Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler Ek Mali Yükümlülükler ve Bir Totolojik Düzenlemenin Analizi”, (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 37. Seri, Y. 1996/1997, s. 155- 189), (Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler).

- Oktar**, S. Ateş: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 12. Baskı, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2017, (Vergi Hukuku).
- Oktar**, S. Ateş: Türk Vergi Sistemi, (Türkmen Kitabevi), İstanbul 2016, (Türk Vergi Sistemi).
- Oktar**, Salim Ateş/**Akın**, Yeliz Neslihan: “Gümrük Hukukunda ‘İthalatta Gözetim Uygulaması’ Dolayısıyla Uygulanan Ek Vergilendirme İşlemleri ve Buna İlişkin Olarak Kesilen Cezalar Hakkında Değerlendirmeler I”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 382, Temmuz 2020, s. 22-41), (Gözetim I).
- Oktar**, Salim Ateş/**Akın**, Yeliz Neslihan: “Gümrük Hukukunda ‘İthalatta Gözetim Uygulaması’ Dolayısıyla Uygulanan Ek Vergilendirme İşlemleri ve Buna İlişkin Olarak Kesilen Cezalar Hakkında Değerlendirmeler II”, (Vergi Sorunları Dergisi, S. 383, Ağustos 2020, s. 11-27), (Gözetim II).
- Öner**, Erdoğan: Türk Vergi Sistemi, 8. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2017, (Türk Vergi Sistemi).
- Öner**, Erdoğan: Vergi Hukuku, 8. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2017, (Vergi Hukuku).
- Özay**, İl Han: Günışığında Yönetim, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2004.
- Özgür**, Abdullah: “Dış Ticarete Gözetim Uygulamaları”, (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 150, Haziran 2016, www.lebibyalkin.com.tr, E.T. 01.02.2017).
- Özkoç**, Mehmet: “Gümrük ve Gözetim Uygulaması”, (Yaklaşım Dergisi, S. 278 Şubat 2016, E-Yaklaşım, E.T. 07.10.2016).
- Özsoy**, Hacı Hasan Murat/**Gümüş**, Mustafa: “Eş Etkili Vergiler ve Mali Yüklere Dair Bir Analiz”, (Gümrük Dergisi, Y. 21, S. 80, Temmuz-Eylül 2012, s. 29- 33).
- Pocinosznaw**, Jennifer: Erlass und Erstattung von Einfuhrabgaben unter Darlegung praktischer Fälle, (http://www.hsbund.de/SharedDocs/Downloads/0_Abschlussarbeiten/FB_FIN/2010/03_10_pocinosznaw.pdf?__blob=publicationFile), E. T. 05.04.2019.
- Sancakdar**, Oğuz/**Us**, Eser/**Kasapoğlu Turan**, Mine/**Önüt**, Lale Burcu: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Genişletilmiş Güncellenmiş 5. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara 2015.
- Sarıaslan**, Osman: Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme, (Türkiye Adalet Akademisi), Ankara, 2014, (İlk İnceleme).

- Sarıaslan**, Osman: “Gümrük Uyuşmazlıklarında İdari İşlemlerin Nitelendirilmesi Sorunu: Hak Arama Hürriyeti Kapsamında Mülkiyet Hakkının Özüne İlişkin Sakıncalar”, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 2018, Sayı: 11, s. 341-373), (Gümrük Uyuşmazlıklarında İdari İşlem).
- Saygılıoğlu**, Nevzat/**Gerçek**, Adnan: Dış Ticaret ve Gümrük Kurallar, İşlemler ve Vergileme, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2007.
- Selen**, Ufuk: Gümrük İşlemleri ve Vergilendirilmesi, Güncellenmiş 10. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa, 2020.
- Sidal**, Hulusi: Gümrük Politikası Mevzuatı ve Tatbikatı Cilt: 1, (İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yayını No. 39-196), (Berksoy Matbaası), İstanbul 1966.
- Summersberger**, Walter: Grundzüge des Zollrechts, (Lexis Nexis), Wien 2002.
- Şahin**, Mustafa: “Gümrük Vergileri ve Uygulamada Karşılaşılan Bazı Sorunlar”, (Vergi Dünyası Dergisi, S. 414, Şubat 2016, s. 152-157), (Sorunlar).
- Şahin**, Mustafa: Gümrük Vergileri, (Gazi Kitabevi), Ankara, 2019, (Gümrük).
- Şenol**, Coşkun: “Gümrük Vergileri ve Para Cezalarında Geri Verme ve Kaldırma”, (Gümrük Dünyası, Y. 2012/3, S. 74, s. 27-36).
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Türk Vergi Sistemi, 15. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2018, (Türk Vergi Sistemi).
- Şenyüz**, Doğan/**Yüce**, Mehmet/**Gerçek**, Adnan: Vergi Hukuku (Genel Hükümler), 9. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2018, (Vergi Hukuku).
- Şenyüz**, Doğan: Vergi Ceza Hukuku Vergi Kabahatleri ve Suçları, 10. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2017, (Vergi Ceza).
- Tan**, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2017.
- Tongal**, Önder Şafak: “İthalatta Gözetim Uygulaması ve Yol Açtığı Sorunlar”, (Gümrük Dünyası, Y. 2014/1, S. 80, s.11-16).
- Tschiderer**, Sebastian: EU- Zollrecht, 2. aktualisierte Auflage, (LexisNexis), Wien 2011.
- Tuncer**, Selahattin: Vergi Hukuku ve Uygulaması Cilt-I, (Yaklaşım Yayınları), Ankara 2003, (Vergi I).
- Tuncer**, Selahattin: Vergi Hukuku ve Uygulaması Cilt-II, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2006, (Vergi II).

- Uçak**, Hakan: “Gözetim Uygulaması ve Gümrük Kıymeti”, (Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 97, Ocak 2012, www.lebibyalkin.com.tr, E.T. 01.02.2017),
- Uygun**, Esra/**Gerçek**, Adnan: “Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 29, Ocak 2017, s. 167-191).
- Witte**, Peter/**Wolffgang**, Hans-Michael: Lehrbuch des Europäischen Zollrechts, 7. überarbeitete und aktualisierte Auflage, (NWB Verlag), Herne 2012.
- Witte**, Peter: Zollkodex Kommentar, 6. neubearbeitete Auflage, (Verlag C.H. Beck), München 2013.
- Yayla**, Sefa: “Vergi Usul Kanunu Açısından Gümrük İdareleri Tarafından Alınan Vergiler ve Resimler”, (Gümrük Dünyası, Y. 2016/3, S. 90, s. 23-27), (Vergi).
- Yayla**, Sefa: “Damga Vergisi ve Gümrük Vergi Sistemi İçindeki Yeri”, (Gümrük ve Ticaret Dünyası Dergisi, 2017/4, S. 95, s. 38-52), (Damga Vergisi).
- Yayla**, Sefa: “Gümrük Vergi ve Para Cezalarının Geri Verilmesi ve Kaldırılması”, (Gümrük ve Ticaret Dünyası Dergisi, 2018/1, S. 96, s. 53-60), (Geri Verme ve Kaldırma).
- Yayla**, Yıldızhan: İdare Hukuku, (Beta Yayınevi), İstanbul 2009.
- Yerci**, Cahit: Gümrük Mevzuatı Dahil Tüm Yönleriyle İthalatta KDV, (Yaklaşım Yayıncılık), Ankara 2005, (İthalatta KDV).
- Yerci**, Cahit: Yorum ve Açıklamalarla Gümrük Hukuku ve Davaları, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), 2020, (Gümrük).
- Yumuk**, Hamit: “Gümrük Hukukunda Zorunlu İdari İtiraz”, (Yedinci Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu -Bildiri Kitabı-, (Yetkin Yayınları), Ankara 2017, s. 173-224), (İtiraz).
- Yumuk**, Hamit: “Gümrük Kanununa Aykırı Olarak Tahakkuk Ettirilen veya Tahsil Edilen Gümrük Vergilerinin Kaldırılması veya Geri Verilmesi”, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.8, S. 16, Aralık 2020, s. 537-576), (Kanuna Aykırılık).
- Yüce**, Mehmet: Vergi Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa 2017.
- Zerres**, Thomas/**Zerres**, Michael: Europäisches Wirtschaftsrecht, (Reiner Hampp Verlag), München und Mering 2015.

AXIO-SYSTEMIC VALIDITY: POSITIVISM WITH REASON*DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899912>**Dr. Yahya Berkol GÜLGEÇ******Abstract**

Systemic validity is generally in conformity with the understanding of validity adopted by legal officials. On the other hand, it suffers from an inability to account for why an enactment in conformity with the systemic criteria constitutes a norm. Axio-systemic validity aims to compensate this deficiency by introducing a hybrid understanding of validity. While the systemic component continues the descriptive and explanatory advantages, the minimum axiological element guarantees that the enactments possess the character of norms. While axio-systemic validity violates the social fact and sources theses, it is compatible with the separability thesis. Therefore, it can be conceived of as a positivist understanding of validity.

Keywords

Systemic validity, Axiological validity, Legal positivism, Reason for action, Separability thesis

AKSİYO-SİSTEMSEL GEÇERLİLİK: MAKUL POZİTİVİZM**Öz**

Sistemsel geçerlilik genel olarak hukuk uygulayıcıları tarafından benimsenen geçerlilik anlayışıyla uyumludur. Bununla birlikte, bu anlayış sistemsel

* The understanding of axio-systemic validity has been first developed in the author's PhD thesis titled as "Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması" ["The Reconciliation of Reason-Based Theories of Normativity with Legal Positivism"] (Yahya Berkol Gülgeç, Akıl Temelli Normativite Teorileri ile Hukuki Pozitivizmin Bağdaştırılması, Doctoral Thesis, Defended on 9 June 2020, to be filed with Bursa Uludağ University Library System, pp. 443-625). This article constitutes a translation and reconsideration of the core idea propounded in the thesis. For the published version of the thesis please see **Gülgeç**, Yahya Berkol: Normativite ve Pozitivizm, İstanbul 2020, On İki Levha. References in this article are made to the book.

** Bursa Uludağ University, Faculty of Law, Chair of Constitutional Law, Research Assistant (e-posta: ybgulgec@uludag.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2577-5799> (Makalenin Geliş Tarihi: 25.11.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 07.12.2020/ Makale Kabul Tarihi: 23.12.2020)

kriterlere uygun olarak çıkarılan bir işlemin niçin norm niteliği taşıdığını açıklayamamaktadır. Aksiyo-sistemsel geçerlilik bu eksikliği melez bir geçerlilik anlayışı sunarak telafi etmeyi amaçlar. Sistemsel bileşen geçerlilik anlayışının açıklayıcı ve tasvirî avantajlarını sürdürürken, minimum aksiyolojik unsur işlemlerin norm niteliği taşımamasını garanti etmektedir. Aksiyo-sistemsel geçerlilik toplumsal olgu ve kaynak tezlerini ihlal etse de ayrılabilirlik teziyle uyumludur. Bu nedenle de pozitivist bir geçerlilik anlayışı olarak kavranabilir.

Anahtar Kelimeler

Sistemsel geçerlilik, Aksiyolojik geçerlilik, Hukuki pozitivizm, Eylem sebebi, Ayrılabilirlik tezi

INTRODUCTION

The generic legal positivist understanding of validity fails to explain normativity. By generic understanding, I mean the systemic validity. While it can perfectly explain what a legal enactment is, it fails to account for why the addressees ought to follow that enactment. Legal positivists were not short of responding to this fundamental flaw. The response relied on why and how it could be rational to follow an authority's or basically someone else's instructions, orders or enactments. Joseph Raz's account based on authority and Scott Shapiro's planning theory of law can be named as two magnificent efforts to demonstrate that legal positivism does not need to resort to the controversial concept of the presuppositional basic norm in order to explain legal normativity.

Raz's understanding concerns, so to speak, the special normativity of law. It sets the conditions an authority needs to fulfill or tests it has to pass in order for its enactments to have exclusionary normative force. I full heartedly agree that it is possible for law to possess such normative power. Yet, in a way, Raz's theory demonstrates more than what is necessary. The question is how can law be normative in cases where the authority fails to pass the test of normal justification? The axio-systemic validity offers an answer.

Shapiro's brilliant analogies between legal normativity and the normativity of plans is susceptible to an important objection. Accordingly, Shapiro's view of normativity is purely instrumental¹. Some prominent philosophers reject the category of instrumental rationality by claiming that only proper ends justify and require the means. Adhering to this idea, Joseph Raz dismisses the distinct category of instrumental rationality as a myth², while Christine Korsgaard indicates that one has reason to adopt the means to an end, only if the end is valuable and morally justifiable³. Accordingly, Kant's famous declaration of "who wills an end wills the means" should be

¹ See for example **Sherwyn**, Emily: "Legality and Rationality: A Comment on Scott Shapiro's *Legality*", *Legal Theory*, No. 19, 2013, p. 410.

² **Raz**, Joseph: "The Myth of Instrumental Rationality", *Journal of Ethics & Social Philosophy*, Vol. 1, No. 1, April 2005, pp. 1-28; **Raz**, Joseph: *From Normativity to Responsibility*, Oxford 2011, pp. 141-172.

³ **Korsgaard**, Christine M.: "Normativity of Instrumental Reason, in *Ethics and Practical Reason*, eds. Garrett Cullity and Berys Gaut, Oxford 2003, pp. 250-251. For similar views see **Raz**, *From Normativity to Responsibility*, pp. 144-145; **Bratman**, Michael E.: "Reflections on Law, Normativity and Plans", in *New Essays on the Normativity of Law*, eds. Stefano Bertea and George Pavlakos, Oxford 2011, pp. 77-78.

interpreted in a way to only include proper ends. Without delving into the details of the issue, I will explain in the conclusion how axio-systemic validity manages to introduce a truly normative understanding of positivist validity while also avoiding the problems associated with instrumental rationality.

The purpose of the article is to introduce a hybrid understandings of legal validity, called axio-systemic validity. It includes a minimum axiological element while also incorporating the systemic validity. It is the central claim that this understanding is capable of accounting for normativity in cases falling outside the scope of exclusionary normative force. The additional and equally important assertion here is that axio-systemic validity is also consistent with legal positivism or, at the very least, with a version thereof.

Axio-systemic validity accounts for the validity of legal norms other than the hierarchically supreme norm of a legal system. The validity of the supreme norm cannot be determined by axio-systemic validity. However, this is not due to the shortcoming of the axiological element, but rather the systemic element. Systemic validity presupposes an existing system and the existence of the system depends on the existence (validity) of a *first norm* validity of which cannot be systemic.

I. THE ELEMENTS OF AXIO-SYSTEMIC VALIDITY

This section introduces the two elements of axio-systemic validity. Systemic validity is straightforward enough. The sub-section dealing with systemic validity will contend with discussing Jerzy Wróblewski's formula. It will be argued that while the formula is generally sound, it can be simplified and purified by the omission of certain conditions.

The second sub-section deals with the axiological element and is more intriguing. The axiological element is what supplements and enables the systemic validity to account for the normative character of legal enactments. In this section the main aim is to clarify the meaning and the scope of the axiological component. The discussions as to whether the hybrid formed of these two components is compatible with legal positivism will be carried out in the following section.

A. Systemic Validity

This section will examine the first element of systemic validity which is at the core of axio-systemic validity. First, I will make some general remarks

introducing systemic validity and then evaluate and refine Wróblewski's formulation thereof.

Norms validity of which can be traced back to the same ultimate source form a normative system⁴. In this system consisting of hierarchically ordered norms bound by chains of validity, the superior norm determines the criteria of validity for the inferior norm. Validity of the norms within the system depends on their pedigree⁵ and not moral merit or demerit. The ultimate norm constituting the unity of the system is a positive norm validity of which is subject to different approaches in different theories. Kelsen develops the concept of the presuppositional or fictional basic norm⁶ conferring validity on the hierarchically supreme and generally efficacious positive norm. Hart, on the other hand believes that the supreme positive norm that is called the "Rule of Recognition" cannot be valid or invalid, but it may merely exist or not⁷ depending on the internal points of view held by legal officials.

The core of systemic validity asserts that legal norms are only valid if they have been posited in accordance with the criteria provided by yet another legal norm valid within the same system. Jerzy Wróblewski's formulation of systemic validity is instructive and illuminating both due to its ingenuity and deficiency. I would like to briefly examine Wróblewski's formulation of systemic validity and point out its strengths and weaknesses.

According to Wróblewski, systemic validity is not the only prevalent understanding regarding the validity of legal norms within a system.

⁴ See **Raz**, Joseph: "Kelsen's Theory of the Basic Norm", *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 19, No. 1, 1975, pp. 94-95; **Aral**, Vecdi: "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. 31, No. 1-4, p. 537.

⁵ Pedigree test for the validity of a norm concerns the manner in which legal norms have been issued, adopted or developed. See **Dworkin**, Ronald M.: "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1, Autumn 1967, p. 17.

⁶ It is argued that in the earlier years of his career Kelsen designed the basic norm as a norm to be presupposed while he had a change of heart during his latter days as a scholar when he claimed that the concept of basic norm is fictional (see for instance **Delacroix**, Sylvie: *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*, Portland 2006, pp. 57-59; **Duxbury**, Neil: "Kelsen's Endgame", *The Cambridge Law Review*, Vol. 67, No. 1, March 2008, pp. 53-58). Regarding the important implications of this change please see **Stewart**, Iain: "Closure and the Legal Norm: An Essay in Critique of Law", *The Modern Law Review*, Vol. 50, No. 7, 1987, p. 914; **Antonov**, Mikhail: "Systemicity of Law: A Phantasm", *Russian Journal of Law*, Vol. 3., No. 3, 2015, pp. 121-122; **Rüthers**, Bernd: *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, Munich, 1999, p. 276.

⁷ **Hart**, H.L.A.: *The Concept of Law*, 3rd Edition, Oxford 2012, p. 110.

Axiological or sociological conceptions of validity also play a role, although the dominant conception among these three is systemic validity⁸. The author indicates that although such conclusion is not free of controversy, the consequence of the validity of a legal norm could be said to be the existence of an obligation on the addressees' part in order to comply with the legal norm⁹.

Let me briefly comment on one important point. As I will be explaining in more detail below, I do not share Wróblewski's conviction. Simply put, "obligation" is far too strong as the consequence of legal validity. Moral requirements are thought of being required despite contrary prudential reasons, and in this regard they constitute obligations rather than mere requirements or mere "oughts"¹⁰. In this respect, obligations are requirements which categorically defeat "oughts" of some other kind. Validity, on the other hand, is the existence of the norm¹¹. Since validity is the mere existence of the norm, it cannot entail the norm's special binding force to defeat considerations of a certain kind. Acknowledging that legal validity entails obligation to comply with the legal norm on the addressees' part would render systemic validity susceptible to the criticism that for legal positivism a valid legal norm ought to be complied with regardless of its moral merit or demerit. This would definitely be step back from Hart, who rightfully asserted that a valid legal norm could be too unjust to obey¹². It is possible that Wróblewski's understanding of obligation does not have a strong connotation as explained here. It might be the case that by obligation

⁸ **Wróblewski**, Jerzy: *The Judicial Application of Law*, eds. Zenon Bankowski and Neil MacCormick, Berlin 1992, p. 76. Also see **Raitio**, Juha: "What is Meant by Legal Certainty and Uncertainty", *Rechtstheorie*, Vol. 37, No. 4, 2006, pp. 399-400.

⁹ **Wróblewski**, Jerzy: "Problems of Objective Validity of Norms", *Rechtstheorie*, Vol. 14, No. 1, 1983, p. 19.

¹⁰ See **Himma**, Kenneth Einar: "The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation", *Ratio Juris*, Vol. 26, No. 1, 2013, pp. 26-28; **Himma**, Kenneth Einar: "Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, Year: LX, No. 2, 2012, p. 223; **Himma**, Kenneth Einar: "Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation", *Ankara Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2012, p. 117.

¹¹ See **Ross**, Alf: "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, Oxford 1998, p. 158; **Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 5th Edition, trns. Max Knight, New Jersey 2008, p. 10.

¹² **Hart**, H.L.A.: "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, February 1958, p. 620; **Haldemann**, Frank: "Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law", *Ratio Juris*, Vol. 18, No. 2, 2005, p. 171.

the author merely means “requirement” or “ought”. In such case, the problem would be eliminated. As I will examine in more detail below, the existence of a norm depends on whether the addressees have at least some reason to conform to the norm, not an undefeated or a categorically superior reason to do so.

According to Wróblewski’s conception, systemic validity can be expressed as follows: 1-a) the rule must have been created and have entered into force in accordance with other rules valid in the system or 1-b) the rule must be an acknowledged consequence of the rules valid within the system; 2) the rule must not have been abrogated; 3-a) the rule must not conflict with other rules in the system or 3-b) if it does, it must either be the case that i) the rule must not be invalid according to the rules of conflict between the legal rules or ii) it must be interpreted in a way to avoid the contradiction¹³.

Rules and principles are the sub-categories of norms¹⁴. It might be surprising to witness that Wróblewski’s formulation mentions only rules. I assume that the expression “rules” here encompasses the “principles” and is the equivalent of a norm. This is important because systemic validity, which is adopted in general by positivist theories, aspires to account for the validity of all positive norms, rules or principles alike.

1. Concerning the Condition “1-a)”

The condition “1-a” envisages the coming into force of a norm as a prerequisite of systemic validity. Is this true? Is it not possible to speak of a valid legal norm which has not yet entered into force? Since the validity of a norm is its existence, it does not seem appropriate to associate a norm’s validity with its being in force. This is because being in force is a condition for the applicability of a norm and not its existence. Therefore, as long as applicability and existence are separable, being in force does not need to be stated as a precondition of validity. For instance, with respect to statutes it is accepted in the jurisprudence of the Turkish Constitutional Court that entering into force is not a precondition of validity¹⁵. Kemal Gözler also

¹³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, p. 77. In fact, the author speaks of five conditions. However, not all of these are cumulative. Therefore, I have opted to express these conditions cumulatively.

¹⁴ **Dworkin**, p. 25; **Alexy**, Robert: "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000, p. 295.

¹⁵ See The Constitutional Court’s Decision No. E. 2014/46, K. 2014/38 dated 21 February 2014, available at <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4b6f8a47-13e3-47d4->

indicates that a statute may become valid prior to its coming into force¹⁶. Let me now provide a theoretical explanation why norms which are yet to enter into force can be valid.

If a norm is valid, i.e. if it exists, the addressees of the norm needs to have at least some reason to conform to the norm. Let us for now concede that this is true. If a norm which is yet to enter into force can be valid, the addressees must have reason to conform to it prior to its coming into force. Let us consider the following articles of a statute:

- 1- Placing of solar panels on the roofs of apartments, mansions, houses or other residences is forbidden. All solar panels on the roofs of such places shall be removed until the effective date of this statute.
- 2- Any violation of the first article shall be subject to an administrative fee of 20,000 USD.
- 3- This statute shall enter into force on the 45th day following its publication.

With respect to this statute, the addressees will have reason to conform to it prior to its entering into force. Although the statute is not applicable yet, all its addressees ought to remove the installed solar panels prior to the effective date. Since addressees still possessing solar panels on the roofs of their residences will violate the statute without exception, such statute can only be complied with prior to its coming into force. If the binding force of a norm can manifest prior to its effective date, applicability or coming into force should not be established as the precondition of legal validity.

However, there may be cases where the addressees do not have a reason to conform to a norm which is yet to enter into force. The issue will be examined in detail in the next section. For now let me just state the following. Assume that a provision of the newly introduced penal code renders “φ”ing a crime and envisages incarceration as the penalty. Further assume that “φ”ing is not morally wrong and the only reason for a citizen to comply with the newly introduced penal provision stems from the prudential reason originating from the threat of incarceration. It is obvious that no citizen would have reason to refrain from “φ”ing until the provision enters into force. One might argue that according to the reasoning above, such a provision would not be valid until it comes into force as it is when the

a2a8-7bc4c3c7a607?excludeGerekce=False&wordsOnly=False, Date of Access: 4 November 2020 (the decision could not be found in the Official Gazette).

¹⁶ **Gözler**, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 2nd Edition, Bursa 2018, pp. 655-656.

addressees will have a reason to comply with it. In the next section, I will introduce a distinction between the apparent and the real sets of addressees and argue that it is the apparent set of addressees which matter while determining whether at least some addressees have reason to conform to the norm. Therefore, whether some addressees have reason to conform to the norm at a certain time is irrelevant. Nevertheless, the fact that some members of the real set of addressees might have reason to conform to a norm which is yet to enter into force, demonstrates that applicability or the entering into force of the norm should not be determined as a precondition of systemic validity.

Let me touch upon another discussion regarding the condition “1-a”. Inclusion of the definiendum in the definiens is called as the fallacy of *idem per idem*¹⁷. It is controversial if a legal system has a validity apart from the validity of the norms within the system. Joseph Raz indicates that the validity of a legal system is nothing but the validity of all the norms within the system¹⁸. Therefore, according to Raz, there is no conception of validity specifically reserved for the legal system. The contrary view expresses that a separate conception of validity, called “external validity” applies to the entirety of the legal system¹⁹. According to Grabowski, the fact that systemic validity requires the systemic validity of the norm, according to which the systemic validity of another norm will be evaluated, constitutes the fallacy of *idem per idem*²⁰. Thus becomes the definition of systemic validity circular.

A possible way to avoid the fallacy of *idem per idem* in Wróblewski’s formulation is to acknowledge that what is provided by the relevant conditions is not a definition but a description of or a formula for systemic validity. Notice that the fallacy concerns the definition of systemic validity and that no fallacy is committed by the legal officials who attempt to verify if the norm providing the criteria of validity for another norm is itself valid within the system. The fallacy occurs when the conditions above are offered

¹⁷ **Ziemiński**, Zygmunt: *Practical Logic*, trns. Leon Ter-Oganian, Dordrecht 1976, p. 62.

¹⁸ **Raz**, Joseph: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979, p. 148; **Raz**, Joseph: “Legal Validity”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 63, No. 3, 1977, p. 341; **Raz**, *Practical Reason and Norms*, p. 127.

¹⁹ **Peczenik**, Alexander: “The Structure of a Legal System”, *Rechtstheorie*, Vol. 6, No. 1-2, 1975, p. 4; **Aarnio**, Aulis: *The Rational As Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht 1987, p. 34.

²⁰ **Grabowski**, Andrzej: *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, trns. Małgorzata Kiełtyka, Berlin 2013, p. 285.

as a definition. In other words, it could be claimed that what Wróblewski provides is not a definition, but a test for systemic validity.

Grabowski suggests to take a different path. Accordingly, the definition of systemic validity should mention criteria determined by a valid legal system and not a norm valid in the system²¹. However, I am not sure if this solves the problem at all. Accordingly, the following arguments can be put forward: 1) “Legal system” cannot determine criteria of validity independently from the norms it contains. Legal system is entirely composed of particular norms and functions through the determinations of these norms. 2) If the first argument holds, replacing “the criteria determined by a norm valid in the legal system” with “the criteria determined by the legal system” would only serve to hide the fallacy. This is because if, after all, criteria for validity will be determined by norms within the legal system, avoiding the fallacy is only possible if it can be demonstrated that the validity of the said norms is irrelevant. In other words, it needs to be demonstrated that invalid norms can also manage to determine the criteria for the validity of another norm. Nevertheless, this is impossible. First off, the existence of a norm requires its validity. An “invalid norm” is non-existent and the expression is a contradiction in terms²². In conclusion, I believe that the proposed replacement is not capable of avoiding the fallacy.

Luckily, it is not always a fallacy to include the analyzed term in the analysis as Ralph Wedgwood stresses²³. This is permitted as long as the analysis cannot be reduced to a logical truth²⁴. Wróblewski’s analysis of systemic validity provides new information regarding systemic validity and is not a simple logical truth. Moreover, one should take note of the following two points. First, what is being analyzed by Wróblewski is the systemic validity of a norm (N_1) while the validity included in the analysis is the validity of another norm (N_2). One could argue that what is analyzed and what takes part in the analysis are not the same thing. Therefore, the analysis cannot be deemed as circular. Second, what is analyzed is the systemic validity of N_1 whereas what is in the analysis is the *validity* of N_2 . Systemic validity and validity are not equivalents. I am not merely playing with words here. For this difference is crucial for systemic validity: there is at least one norm within a legal system validity of which cannot be explained or

²¹ *Ibid.*

²² **Kelsen**, p. 271.

²³ **Wedgwood**, Ralph: *The Nature of Normativity*, Oxford 2007, p. 67.

²⁴ *Ibid.*

accounted for by systemic validity. For instance, in Turkish legal system one can determine the systemic conditions for the validity of administrative regulations by reference to the criteria laid down by statutes. In turn, the validity of the said statutes can be verified by reference to the criteria laid down by the Constitution. However, the validity of the Constitution cannot be established by any criterion laid by another norm which is also *systemically valid* in the legal system. This is why Hans Kelsen had to refer to the presuppositional (or fictional) basic norm²⁵.

This last observation also expresses a problem with systemic validity. It cannot establish the validity of the highest-ranking norm of a legal system without which a legal system does not exist. This is a deficiency which is inevitably inherited by axio-systemic validity as the axiological element of this understanding cannot account for the validity of the highest ranking positive norm of a legal system. I have argued elsewhere that this problem can be solved by another understanding of validity called “axio-factual validity”²⁶. However, the discussion pertaining to this other sort of validity falls outside the scope of this article.

2. Repeal and Systemic Validity

The second condition for systemic validity indicates that in order for a norm to be systemically valid, it should not be repealed. I first would like to point out the important difference between not having entered into force yet, and being repealed. I have demonstrated above that addressees might have reason to conform to a norm which is yet to enter into force. On the other hand, a repeal is not a mere stay of execution. A repealed norm is no longer valid, therefore it is a norm no more. In case of a stay of execution the relevant act is not applicable, though it retains its validity. No one may have a reason to conform to or comply with a repealed norm. Therefore, unlike the situation of a norm which is yet to enter into force, a repealed norm cannot be systemically valid.

Another suspicion with regards to the issue of repeal might be the following: there are instances within the operation of legal system where courts base their decisions on currently non-existent rules and norms. For instance, when a court considers the constitutionality of a statute, the reference is made to the constitutional norms in place at the time the statute has been enacted. Even if these norms are not valid when the

²⁵ **Gülgeç**, pp. 425-426.

²⁶ *See ibid.*, pp. 515-541.

constitutionality review is being conducted, the court may annul the statute by reference to the now non-existent constitutional norm. We may, therefore, conclude that a repealed constitutional norm may serve as a reason for action for the judges and constitute the *ratio decidendi*. If this is the case, how can one conclusively claim that a repealed norm cannot constitute a reason for action or that the addressees cannot have a reason to comply with a repealed norm?

Here a distinction must be made between rules which are reasons for action and facts which are reasons for action although they are not norms²⁷. “The fact that a statute valid or invalid according to the constitutional provisions in force at the time of its enactment” is a reason for action for the judges, although it does not express any legal norm. Reasons are facts and as such they do not have normative importance on their own. This importance is attributed to facts by norms²⁸. Therefore, there must be a norm conferring normative force on the said fact. This norm could be expressed as “The validity or invalidity of statutes need to be assessed in accordance with the constitutional provisions in force at the time of statute’s enactment”. It is this norm that the judges follow and not the constitutional provisions referred to by the norm. Consequently, it cannot be claimed that judges have reason to comply with a repealed norm. Moreover, notice that the norm determining the validity criteria of a statute at the time of its enactment does not have the judges, but the members of the parliament as its addressee. The judges consider whether the enactment is consistent with the criteria laid down by the norm. This does not mean, however, that the judges are conforming to the norm by doing so. The norm does not even address the judges.

3. Collision and Validity

The third and the last condition is as follows: the valid norm should not conflict with other norms valid within the system; if it does, conflict rules should not invalidate the conflicting norm or it should be possible to interpret the norm in a way to avoid the conflict. Kelsen thought that there

²⁷ Raz appropriately points out that norms are never reasons for action (**Raz**, *Practical Reason and Norms*, p. 51, footnote). It is not the norm or the rule itself that constitutes the reason for action, but the fact that such norm exists. Therefore, as a figure of speech, I continue to speak of rules or norms as reasons for action, whereas what I mean is the existence of a rule or norm constituting a reason for action.

²⁸ **Finnis**, John: “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 53, No. 1, 2007, pp. 44-45.

cannot be irresolvable conflicts between the norms of a legal system²⁹. In case of a conflict one of the conflicting norms needs to be invalidated or one of the norms will need to be interpreted in a way to avoid the conflict. The fact that the norm the validity of which is concerned is the hierarchical superior of the other norm exemplifies the cases where the conflicting rule is not deemed as invalid. Although a conflict exists in such a case, only the hierarchically inferior norm could be claimed to be invalid. On the other hand, there are cases where the conflict is avoided by interpreting one of the conflicting norms in conformity with the other. For instance, in British legal system domestic acts conflicting with the norms of the European Union are, where possible, interpreted in a way to provide conformity between the two norms³⁰.

What is more controversial is the situation of a norm which has not been invalidated despite conflicting another norm although it should have. Could such a norm be deemed as valid according to Wróblewski's formulation? Let us assume that a statute expressly conflicting a constitutional provision has not been invalidated by the constitutional court based on political concerns. Can we assert that this statute is systemically valid? What if the conflict arises out of procedural issues? A statute which has not been invalidated by the constitutional court although it has been enacted in a way contrary to the constitutionally determined procedures? How can we claim that the said statute has been "enacted in accordance with the criteria determined by the system"?

I believe it is Wróblewski's conviction that a norm claimed to be contrary to a constitution or any other hierarchically superior norm is valid until annulled by the authorized court. When the reason for the contrariness is the conflict between the contents of the norms, this may be seen as unproblematic for the understanding of systemic validity. However, if the contrariness is procedural, in other words if the inferior norm is created in a way contrary to the criteria envisaged by the superior norm, accepting a norm which is yet to be annulled by the authorized court as valid would contradict the condition "1a" of systemic validity³¹. This is because

²⁹ See **Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, 3rd Edition, trns. Anders Wedberg, Cambridge 1949, p. 408.

³⁰ **Barnett**, Hilaire: *Constitutional and Administrative Law*, London 2002, p. 217.

³¹ In fact, I believe that many of the constitutionally envisaged criteria with regards to statutes cannot be perceived as "criteria of validity" (for more details please see **Gülgeç**, pp. 392-400). This is because legal systems generally bestow an *ex nunc* effect on the annulment decisions of constitutional courts. Accordingly, even if a statute is enacted in

regardless of the decisions of the authorized court, the said norm has not been enacted in conformity with the criteria envisaged by the system. A contrary example can also be imagined. A norm enacted in conformity with the systemically envisaged criteria may be annulled by the authorized court. In light of these examples, I believe that it would be appropriate to introduce some changes to the conditions of systemic validity.

I believe that the third condition is superfluous. A norm conflicting with another may not lose its validity while a norm which is not contrary to the superior norms of the system may be annulled. As long as the conditions state that the norm should not be repealed, any condition pertaining to the “conflicting norms” becomes unnecessary. The condition regarding the conflicting norms would prevent the general account of systemic validity from describing the functioning of the legal system as accurately as possible. After all, Kelsen has labeled the constitutional courts as negative legislator because these courts can repeal statutes³². The legal consequences of repeal and annulment on the validity of the relevant norm are not different. Therefore, I contend that the inclusion of the condition regarding the repeal of the norm would be sufficient for an accurate description of the understanding of systemic validity.

B. The Axiological Element

Systemic validity, as refined by the discussions regarding Wróblewski’s understanding, is sufficient to offer an accurate description of legal practice regarding the concept of validity. It is able to explain how a legal norm comes to existence. However, it has a fundamental deficiency: it does not in any way explain why enactments in accordance with the systemic criteria lead to norms. It does not offer an account of why the addressees of these enactments ought to comply with or conform to them. The axiological element rests on the following axiom: there is no norm which the addressees

a way contrary to some of the constitutionally envisaged criteria, it can enter into force and be valid until the time of annulment. If this is the case, the criteria envisaged by the constitution, at least a great portion thereof, should not be viewed as the criteria for systemic validity as they do not affect the valid enactment of a statute. This of course may change from legal system to legal system. Here, the point is merely that one should be careful in categorizing all constitutional requirements as criteria for legal validity. The issue certainly deserves a more detailed discussion; however, I believe that it has little to contribute to an article aiming to offer a general presentation of axio-systemic validity.

³² See **Kelsen**, *General Theory of Law and State*, pp. 268-269.

do not at least have some reason to conform to or comply with. Considering the fact that there is no general obligation to obey the law³³ in conjunction with the fundamental axiom implies that any genuine model of legal normativity must be able to account for the normative character of legal enactments.

The issue might also be explained based on the relationship of validity and binding force. The famous positivist Hans Kelsen thought that a close relationship existed between the validity and binding force of a legal norm as if these two were synonyms. Consider the following quote: “*By ‘validity’ we mean the specific existence of norms. To say that a norm is valid, is to say that we assume its existence or... we assume that it has ‘binding force’ ...*”³⁴. It may seem meaningless to think of a valid norm with no binding force. However, this depends on how the binding force of a norm is considered. The expression “binding force” seems to be quantifiable, i.e. it seems to allow for different levels of binding force. This makes it necessary to determine what level of binding force is required for the validity of a legal norm and this question is the first issue I am going to examine.

There is a parallel between the binding force of norms and the weight of reasons an addressee has to conform to or comply with two different norms. Stronger set of reasons an addressee has to follow a norm, more binding force the norm has. This raises the question of which reasons are eligible for constituting the binding force of a legal norm. In order to properly understand how legal norms come to possess binding force, it is necessary to determine which reasons for action are relevant. This is going to be the second issue to examine. I will argue that moral and prudential reasons are the only eligible kinds and establish the ways in which the axiological condition may be satisfied by legal enactments.

Thirdly, I will assert that the set of addressees who must have reason to conform to the legal enactment is a set consisting of minimum number of elements. Another issue to be examined in this sub-section is whether the term “addressees” refer to real and existing addressees or possible/imaginary ones. I will argue that it is not necessary that real addressees have reason to conform to legal enactment at any certain point of its existence and that it is

³³ **Raz**, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, p. 233; **Edmundson**, William A.: *Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority*, Cambridge 1988, pp. 7-32; **Smith**, M.B.E.: “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 5, 1973, pp. 950-976.

³⁴ **Kelsen**, *General Theory of Law and State*, p. 30.

sufficient if it is *possible* for a real addressee to have some reason to conform to the enactment at a certain point of its existence.

The last sub-section argues, after the clarification of the meaning of the axiological element, that axio-systemic validity has some advantages over mere systemic validity in explaining certain cases where an enactment is generally thought to be invalid. Moreover, these cases are usually accepted as instances of invalidity by positivist authors. These cases are regarded as the basic qualities of and standards regarding norms, such as the principles of *impossibilium nulla obligation est* or *necessitatem nulla obligatio est*.

1. Two Meanings of Binding Force

“Binding force” and the statement that a norm is binding might have two different meanings. One is the binding force in the strong sense. It means that *all things considered* one ought to do as the norm prescribes. Naturally, whether a norm is binding in the strong sense or not requires the consideration of various reasons agents may have in favor of or against taking the action prescribed. Consequently, it must first be noticed that the same norm might have different statuses of binding force for different agents. This is because the reasons different agents have to conform to the norm might differ and the reasons for conforming to the norm might be defeated in one case when it is undefeated in another. Secondly, even if the agent is the same, the reasons the agent has to conform to or to refrain from conforming to the norm might change over time. In this sense, the binding force in the strong sense is a) agent-relative and b) time-relative.

On the other hand, the meaning of binding force does not need to be so absolute. It might also have a weaker meaning. This, I call binding force in the weak sense. Accordingly, whenever agents have at least some reason to conform to the norm, it is binding in the weak sense regardless of whether they ought to conform to it all things considered. It is not necessary to consider the reasons they might have to refrain from conforming to the norm or whether any particular side of the scale of reasons is weightier. Whether binding force in the weak sense is also agent-relative or time-relative depends on whether the agent here refers to a real individual or simply a possible agent. If the addressee here meant a real individual, it could be argued that whether a norm is binding in the weak sense could differ from agent to agent. If the agents were real individuals and not possible ones, the binding force in the weak sense would also be time-relative as a real agent could have reason to conform to a norm at a certain point in time, while she might not at another. I will argue in the third sub-section that the set of

agents here refers to a set of possible/imaginary/apparent agents rather than real ones. Therefore, we can conclude that binding force in the weak sense is a black and white concept: once the axiological condition is fulfilled, (provided that the criteria of systemic validity are met) the norm will be valid once and for all, until it is repealed or abrogated.

a. Association of validity with binding force in the strong sense

It needs to be decided which understanding of binding force is to be associated with validity. I believe that binding force implied by the axiological element of axio-systemic validity is binding force in the weak sense. In order to demonstrate this, first I would like to touch upon some drawbacks of associating validity with binding force in the strong sense. Accordingly, one may mention two categories of drawbacks: technical and critical. The technical drawback relates to the relationship between legal norms. The critical drawback stresses that moral or non-legal critique of law should be possible. Let me proceed with the technical drawback.

Legal norms collide. Collision can be expressed as the prescription of two or more irreconcilable requirements regarding the same matter or action³⁵. As indicated by Alchourrón and Bulygin, the difference in the required actions lead to problems only if these two norms belong to the same system. In other words, the necessity of resolving collisions or conflicts arises from the unity of the legal system³⁶. The collision by norms of different normative systems does not need to be resolved. What interests me here is the collision within the same system.

Logical propositions are either true or false. In case there is a contradiction between two logical propositions, and if one of them is true, the other must be false. On the other hand, norms are not true or false, but valid or invalid³⁷. Logical contradictions are concerned with the truth value, while normative collisions are related with the criterion of fulfillment. In other words, normative collisions lead to problems because it is not possible to conform to the colliding norms at the same time³⁸. It might be the case

³⁵ **Gülgeç**, Yahya Berkol: *Lex Superior* İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması, İstanbul 2018, p. 34.

³⁶ **Alchourrón**, Carlos E./**Bulygin**, Eugenio: "The Expressive Conception of Norms", in *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions and the Foundations of Ethics*, ed. Risto Hilpinen, Dordrecht 1981, p. 107.

³⁷ **Kelsen**, *General Theory of Norms*, pp. 212-213.

³⁸ **Alchourrón/Bulygin**, p. 107.

that the legal system envisages the annulment or *ab initio* invalidity of one of the colliding norms. Where this is not the case, the normative collisions can be resolved by the application of positive or meta-positive conflict rules. Conflict rules do not necessarily signify the existence of a normative hierarchy between the colliding norms. They signify primacy of application (*Anwendungsvorrang*) rather than normative hierarchy (*Geltungsvorrang*)³⁹. By applying a conflict rule, one of the colliding norms is *disregarded* but it retains its validity⁴⁰.

In case validity is associated with binding force in the strong sense, in other words, if only norms binding in the strong sense are considered to be valid, one cannot explain how disregarded norms retain their validity. The disregarded norm is not the norm the agent ought to conform to when all relevant norms are taken into consideration. Therefore, it should be invalid. As expressed however, since falsity and invalidity are not logically identical, the disregarded norm does not automatically become invalid due to a collision with another norm. Moreover, in cases where the conflict between the two norms is partial, there may still be cases where the disregarded norm could become binding in the strong sense. I should also add that even in cases where the conflict is not partial, the disregarded norm preserves the potential to become binding in the strong sense with regards to the cases of application in future. That is, in case the other norm is invalidated by way of repeal or annulment in future, the once disregarded norm becomes the only norm applicable to the agents. In short I can conclude as follows: an understanding of validity associated with validity in the strong sense renders applicability a pre-condition for validity with regards to conflicting norms. Nevertheless, just as one concludes that defeated reasons are still valid reasons for action⁴¹, there are cases where a disapplied or disregarded norm remains valid.

The second drawback of associating validity with binding force in the strong sense can be called as “critical drawback”. The critique concerned here can emerge in different contexts. The first one asserts that in case validity is associated with binding force in the strong sense, the moral critique of law becomes impossible. The other claims that following the association the irrationality of an agent who does not consider the norm

³⁹ **Gülgeç**, *Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması*, pp. 15-16, 34-38.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁴¹ See for instance **Gregory**, Alex: “Normative Reasons as Good Bases”, *Philosophical Studies*, Vol. 173, No. 9, 2016, pp. 2302-2303.

which should not be conformed to, all things considered cannot be explained. I will refer to the second as the impossibility of the critique of the irrational addressee. Lastly, I will propound that the association leads to the relativization of the concept of validity and that this is unacceptable.

i. The impossibility of the moral critique of law

Let us imagine a sanctioned legal norm which the addressees have no moral reason to conform to. The concept of sanction implies the promise of reward for compliance with a legal norm or the threat of imposing evil in cases of violation⁴². On the other hand, it is generally those appearing as threat of evil that are called “sanctions”⁴³. The agents have a prudential reason to conform to a sanctioned legal norm. It is not necessary that the promise of reward or the threat of evil is realized or will definitely be realized. It is sufficient that they are possible⁴⁴. Of course, greater is the possibility, stronger the prudential reason one has to conform to the norm will be. Consequently, it can be concluded that the effective imposition of sanctions increases the binding force (in the weak sense) of the relevant legal norms.

Let us assume that the addressee has a moral reason to refrain from conforming to the sanctioned legal norm. There are wide ranges of positions with regards to the relationship of morality and prudence, hence moral reasons and prudential reasons. A widespread position contends that moral reasons categorically defeat prudential reasons⁴⁵. Accordingly, it is a fundamental feature of moral requirements that they ought to be fulfilled regardless of one’s concerns over her own well-being or interests⁴⁶. Let us assume that this position is right. Accordingly, in cases where an agent has

⁴² **Kelsen**, *Pure Theory of Law*, pp. 24-25. On the other hand, Austin believed that this understanding including rewards in the definition of sanctions was mistaken. See **Austin**, *John: The Province of Jurisprudence Determined*, 2nd Edition, ed. Wilfrid E. Rumble, Cambridge 2001, pp. 23-24.

⁴³ **Kelsen**, *Pure Theory of Law*, pp. 24-25.

⁴⁴ **Austin**, p. 23.

⁴⁵ See generally **Crisp**, Roger: “Prudential and Moral Reasons”, in *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford 2018, p. 805 for an overview of the position.

⁴⁶ **Himma**, “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, pp. 26-28; **Himma**, “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, p. 223; **Himma**, “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, p. 117. I have some concerns over this position. However, I will not adopt a contrary view in this paper.

prudential reason to conform to a legal norm and a moral reason to refrain from doing so, she ought to refrain from obeying the legal norm. Moreover, if only a norm binding in the strong sense is valid, a norm which an agent has merely a prudential reason in favor of and a moral reason against conforming to it should be considered as invalid. The same applies to the cases where an agent has a moral reason both in favor and against conforming to the legal norm but where the reason against is stronger than the reason in favor.

A distinction needs to be made here between the invalid norm and the norm from which the prudential reason originates. According to Kelsen, each norm has to have a sanction⁴⁷. In the past, I have criticized this view⁴⁸ and stressed that the legal norm and the sanctioning norm need to be considered as different norms⁴⁹. Therefore, in the example above, the prudential reason originates from a norm other than the one which the agent considers whether to obey or not. The reason for the invalidity of the norm under consideration is not the fact that the agent does not have a prudential reason to conform to it, but rather the fact that such prudential reason is defeated by a moral reason. Since defeated reasons for action remain as valid reasons and valid reasons can only be provided by valid norms, the norm envisaging the sanction remains valid. Moreover, it should be kept in mind that the sanctioning norm does not have the agent as its addressee, but the legal organ which is tasked with applying the sanction. Therefore, whether the agent ought to conform to the sanctioned norm or not does not play a part in determining whether the sanctioning norm is binding.

In case validity is associated with binding force in the strong sense, there can be no norm which agents have merely prudential reason to obey, but a moral reason to disobey. As previously expressed, the same applies to norms which, all things considered, an agent ought to disobey due to a stronger moral reason in favor of disobeying. If this is the case, the moral

⁴⁷ See **Kelsen**, Pure Theory of Law, pp. 52-52.

⁴⁸ See **Gülgeç**, Yahya Berkol: "Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 66, No. 4, 2017, pp. 711-721; **Gülgeç**, Yahya Berkol: Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü, 2nd Edition, İstanbul 2018, pp. 10-11; **Gülgeç**, Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması, pp. 13-15.

⁴⁹ See **Gülgeç**, Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü, p. 11. Also see **Hauser**, Raimund: Norm, Recht und Staat, Vienna 1968, p. 9.

critique of legal norms becomes impossible as a morally flawed legal norm cannot exist, i.e. be valid. In order for the critique to be possible, the object of the critique needs to exist first⁵⁰. Accordingly, the moral critique of law and the possibility of rendering law morally acceptable through reforms and changes are only thinkable for theories allowing for the existence of morally flawed legal norms. Naturally, agents should not comply with a legal norm in case the moral reasons against doing so defeat the reasons in favor. However, this is a determination regarding the binding force of the norm. In order to be able to make such a determination, there needs to be a norm which the agent has a moral reason to disobey. This was the point made by Hart in his famous critique of the Radbruch formula: there can be legal norms so unfair that one ought not to comply⁵¹.

Non-positivist legal theorists are aware of the dangers posed by the association of validity with binding force in the strong sense. This is why non-positivists such as Gustav Radbruch and Robert Alexy attempt to strike a balance between legal certainty and justice or fairness⁵². This balance tilts towards legal certainty, meaning legal norms are considered to be valid unless they exceed a certain threshold of immorality. Consequently, these theories allow for the moral critique of legal norms in cases where immorality remains under the threshold.

The impossibility of the moral critique of law is not a definitive objection to the association of legal validity with binding force in the strong sense. All that argument demonstrates is that such association deprives us from a valuable opportunity. However, not all perceived as valuable have to exist. Therefore, if I want to demonstrate why this association is not possible and not merely why it is unreasonable, I need a stronger argument.

ii. The impossibility of the critique of the irrational agent

Reasons we have may conflict. In this conflict we ought to perform the action supported by the stronger set of reasons. Therefore, we can conclude

⁵⁰ **Pino**, Giorgio: "Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals", *Ratio Juris*, No. 190, 2014, pp. 193-194.

⁵¹ **Hart**, "Positivism and the Separation of Law and Morals", p. 620.

⁵² See **Radbruch**, Gustav: "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Vol. 1, No. 5, August 1946, p. 108; **Kühl**, Kristian: "Radbruch Formülü", trns. Mehmet Cemil Ozansü, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. LXX, No. 1, p. 373; **Alexy**, Robert: *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, trns. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford 2004, pp. 52-53.

that we have a second order reason in the Razian sense⁵³ to act in accordance with the stronger set of reasons. Similarly, we can say that we have an exclusionary reason to refrain from acting based on the defeated set of reasons⁵⁴. These reasons could be understood as expressing the two different meanings of the principle of autonomy dictating that agents ought to act based on the balance of reasons⁵⁵.

Although it is not possible to examine the issue in detail here, I believe that the practical difference thesis is a thesis regarding the legal system in general and does not apply to individual legal norms⁵⁶. In other words, individual legal norms do not have to provide new and previously non-existent reasons for actions. After all, the normative force of the reason one has to comply with a norm might originate from another norm as demonstrated by the case of sanctioned legal norm.

On the other hand, there are cases where legal norms provide their addressees a new reason for action. For instance, Raz's authoritative directives constitute both a reason to refrain from acting on certain reasons while also being a reason in favor of a certain action. Raz calls this sort of reasons the "protected reasons"⁵⁷. On the other hand, exclusionary reasons

⁵³ Regarding second order reasons see **Raz**, *Practical Reason and Norms*, p. 39.

⁵⁴ For the concept of exclusionary reasons in general see **Raz**, *Practical Reason and Norms*, p. 39. Raz's focus is on how authoritative directives constitute exclusionary reasons. There is a difference between the exclusionary reason I mention here and the exclusionary reasons constituted by authoritative directives regarding the reasons they exclude. Accordingly, authoritative directives might also exclude reasons from the normally stronger set of reasons. This way, law can lead to a practical difference and fulfill the conditions of the practical difference thesis. For more on the practical difference thesis see **Coleman**, Jules L.: "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, No. 4, 1998, *passim*; **Waluchow**, Wil: "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", *Legal Theory*, No. 6, 2000, *passim*; **Himma**, Kenneth Einar: "H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, Vol. 6, No. 1, 2000, *passim*; **Moreso**, José Juan: "In Defense of Inclusive Legal Positivism", *Dritto & Questioni*, No. 1, 2001, pp. 115-117. The exclusionary reason I mention here does not originate from any authority. It can be considered as a reason provided by a basic principle of practical rationality dictating agents to decide on the balance of reasons.

⁵⁵ I have previously claimed that the principle of autonomy can be understood as a second order reason. See **Gülgeç**, *Normativite ve Pozitivizm*, p. 207.

⁵⁶ For a detailed examination see *ibid.*, pp. 530-541.

⁵⁷ **Raz**, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, p. 18.

may not exclude all of the first order reasons an agent has⁵⁸. In such cases the agent may have to refrain from taking the action supported by a protected reason even if she refrains from acting based on the excluded reasons. The authoritative directive that is the protected reason here is not valid if validity is associated with binding force in the strong sense. Nevertheless, since the protected reason may only originate from a valid norm which is the authoritative directive, this would mean that the agent never had a first order reason originating from the authoritative directive. This seems to be an absurd analysis. Therefore, the authoritative directive needs to be a valid norm for one to be able to speak of the existence of a protected reason validity of which has been assumed in the example above.

In case of association of validity with binding force in the strong sense, some of the norms conferring normative force the reasons in the lighter side of the scale will need to be invalid. Let me first explain why it is some and not all of such norms that are invalid. As explained before, the reasons an agent have in order to comply with a norm may or may not originate from the norm itself. Often it is another norm providing these reasons. For instance, in case a norm is sanctioned, the agent's prudential reason to comply with the norm originates from the sanctioning norm. However, even if this prudential reason is defeated, the sanctioning norm cannot be invalid. This is because the agent here is not an addressee of the sanctioning norm. The addressees of the sanctioning norms are the legal organs or persons charged with applying the sanction in cases of violation. Therefore, the sanctioning norm is not "a norm which is not binding all things considered". On the other hand, in some other examples even if the reason to comply with the norm (N_1) originates from another norm (N_2), when one violates N_1 one, she also violates N_2 . For example, one of the reasons we have in favor of complying with the legal norm prohibiting thievery originates from the moral norm with the same content as the legal norm. If, all things considered, one ought to steal, we will need to conclude that the moral norm is invalid because the agent ought not to comply with it all things considered. The following explanations are made with these sorts of cases in mind.

The logical contradiction here can be stated as follows. The agent needs to be involved with balancing in order to determine which set of reasons is heavier and to take into consideration all relevant reasons. As a result of this

⁵⁸ **Raz**, *Practical Reason and Norms*, p. 46; **Raz**, Joseph: "Reasons for Action, Decisions and Norms", in *Practical Reasoning*, ed. Joseph Raz, Oxford 1978, p. 132.

balancing the agent will have to conclude that the lighter set of reasons are actually not reasons. This is because she would have to reach the conclusion that norms conferring normative force on these reasons are invalid. However, if this is true, the agent is mistaken at the start of her deliberation as she takes invalid reasons and norms into account. Norms logically precede the reasons they provide. The fact that the reason it provides is not binding in the strong sense, should not be the cause of the norm's invalidity.

The following objection can be made here: the norm is not invalid *ab initio*, but *ex nunc*, following the reason it provides is defeated as a result of balancing. Therefore, the fact that that in order to attribute normative force to the reason, the norm needs to be valid prior to the balancing does not constitute and obstacle for associating validity with binding force in the strong sense. The argument here seems to claim that a norm which is inefficacious or disregarded in a single instance becomes invalid. However, the same norm would be binding in the strong sense for another agent. This is inconceivable as the validity of a norm is its existence and existence is a black or white concept, i.e. something either exists or it does not. The only way for the objection to escape this fundamental contradiction is to claim that validity is a relativized concept and this is a matter for the next subsection.

On the other hand, maybe the objection can be formulated in another way. Binding force in the strong sense relates to concrete cases and may yield different results for different agents. Maybe the objection expresses that a norm which can never be binding in the strong sense is invalid. In other words, it fails to require an action which can reasonably constitute what a possible agent ought to do all things considered. Let us illustrate the point with an example relating to an expressly immoral legal norm, so that the agents may not have any moral reason in favor of complying with the legal norm. On the other hand, let it be the case that all agents have a prudential reason to do so based on a sanction to be applied for violation. Considering the fact that here I assume moral reasons always defeat prudential reasons, such a norm will never be binding in the strong sense for any agent. Nevertheless, any agent who does not consider a valid reason would be irrational regardless of whether she takes the right action. Such an agent who is not aware that the prudential reason she has is defeated by a contrary moral reason takes the right action for the wrong reason. In case validity is associated with binding force in the strong sense, the norm conferring normative force on the prudential reason, i.e. the sanctioning norm would have to be invalid and invalid norms cannot truly confer

normative force. If the reasoning above is sound, then the association of validity with binding force in the strong sense fails to explain why the agent in the example is irrational. At this point I can point out a parallel with Hart's candor (*candour*) argument against Radbruch formula⁵⁹. An agent who takes the right action without knowing what is sacrificed is irrational. In the example, the agent is unaware of the threat of sanction she faces. It is the price to be paid for the morally right action.

In conclusion, even if a norm is not binding in the strong sense, the fact that the reason provided by the said norm is not taken into consideration during the practical deliberations would amount to irrationality. The consideration of the reason provided by a norm which is not binding in the strong sense may not change the action to be taken, all things considered. However, since the determination that a reason (norm) is not binding in the strong sense can only be made after balancing it against reasons in the opposite direction, the agent willing to act for the right reason will need to take the said reason, and the norm providing it, into account. The association of validity with binding force in the strong sense will lead to the inability to criticize the irrational practical deliberation of the agent.

iii. The relativization of the concept of validity

Here I will argue that association of validity with binding force in the strong sense will lead to a relativized understanding of validity based on the addressees of the norm. In other words, the same legal norm could be valid for some of its addressees, while it is invalid for certain others. I contend that the relativization of validity should be avoided in order to circumvent difficult theoretical problems.

Binding force in the strong sense concerns concrete cases where it is determined whether the action demanded by the norm is the action to be taken by the agent, all things considered. Therefore, as the concrete case or the reasons agents have change, the norm's binding force will be altered. This means that, when binding force in the strong sense is considered as a pre-condition of validity, the same norm will be valid for some agents while it will be invalid for others. It will exist for some and be non-existent for others. In other words, the concept of validity is relativized based on the addressees of the norm.

⁵⁹ See Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", pp. 619-620.

I believe that this conclusion is already strange and absurd. As long as validity implies the existence of the norm, it should not be possible for a norm to be existent and non-existent at the same time. Of course, there is nothing illogical in expressing the following propositions at the same time: “According to addressee A, the norm N is valid” and “According to addressee B, the norm N is invalid”. Obviously, as long as these are understood as real propositions and validity is accepted to be the existence of a norm, one of these propositions would have to be false. Notice that subjectivity is not what is concerned with the relativization at hand. It is not the claim that addressees’ beliefs regarding the validity of norms may differ. It is the claim that the validity of the norm differs. Therefore, anyone subscribing to the association of validity with binding force in the strong sense would have to commit a contradiction by claiming that a norm is both valid and invalid at the same time.

Although it is logically impossible for something to be existent and non-existent at the same time, it is perfectly possible for the existing concept to have different effects under different circumstances. A norm’s effect is its binding force. It is true that the existence of a norm implies at least a minimum level of binding force. However, this does not prevent the altering of the effect above the minimum threshold based on the circumstances. On the other hand, if the norm no longer exists, its effect should cease for all addressees and at the same time.

I believe that this final argument regarding the drawbacks of the association project is conclusive and demonstrates the failure of the project. This is because it moves from a conceptual truth between existence and its effect. Accordingly, I believe that the concepts of validity and binding force in the strong sense should be separated in such a way that validity does not lead to binding force in the strong sense and vice versa.

b. Association of validity with binding force in the weak sense

The easy way to take here would be to claim the following: 1) it is conceptually necessary to associate validity with a certain binding force, 2) binding force in the strong and weak senses are the only available options, 3) since the association with binding force leads to irresolvable theoretical problems, validity should be associated with binding force in the weak sense. Here I will demonstrate that the association of validity with binding force in the weak sense does not lead to similar theoretical problems and that axio-systemic validity has advantages over mere systemic validity.

i. Minimum character of binding force in the weak sense

Binding force in the weak sense is minimum with respect to the following three aspects: 1) the strength of the reason, 2) the source of the reason and 3) addressees. I have stressed before that a norm which no one has a reason to conform to cannot be valid. It is sufficient for addressees of a norm to have some reason to conform to it in order for the norm to be binding in the weak sense. It is not necessary that the norm requires the action which ought to be taken by the addressees, all things considered. This means that a norm can be binding in the weak sense even if the reasons addressees have to conform to it are of minimum strength. This is the first meaning of the minimum character of binding force in the weak sense.

Second, such reason one has to conform to the norm does not even have to originate from the norm itself. In other words, it is not necessary that the addressees have a reason to conform to the norm because it is a legal norm. The reason may be provided by the moral worth of the norm's content (i.e. a norm of morality) or the sanctioning norm (i.e. a norm of prudence). I have stated above that the practical difference thesis should be understood as a requirement for the legal system as a whole and not of particular legal norms. Therefore, binding force in the weak sense is also minimum with respect to the conditions regarding the origin of the reasons addressees have in order to conform to the norm.

The third sense is the most important and complicated. All norms have a certain set of addressees. In certain cases it may not be clear from the wording of the legal norm whom the set of addressees consists of⁶⁰. Even if it might be difficult to determine who exactly form the set of addressees, a norm simply cannot lack one. Here it is important to determine whether binding force in the weak sense requires all members of the set to have some reason to conform to the norm or whether this "set" refers to real agents or simply imaginable ones.

In cases where sanctions are envisaged against the violations of the norm, this question loses its importance. The fact that there is a threat of sanction provides some prudential reason for all members in the set of

⁶⁰ For instance, sometimes legal norms mention "relevant authorities". It may not be clear who these authorities are. In such cases the exact set of addressees is often determined by subsequent regulations. In the worst case scenario, it could be assumed that the norm addresses the administration.

addressees⁶¹. The fact that sanction may be applied to some members, but not others or that some addressees may evade sanctions more easily than the others does not change the fact that the sanctioning norm provides all addressees a reason to conform. For instance, even if the norm has not been applied to a certain sub-section of the set of addressees (for instance wealthy citizens) does not guarantee that the future application of the sanction will follow the same course. The improbability of suffering the consequences of sanction will definitely affect the strength of the reason an addressee has to conform to the norm. Note, however, that this change occurs in the magnitude of the binding force and not on the existence of the reason. In other words, the strength of the reason provided by the improbable sanction is never “zero”. In other words, even if the concerned person is almost sure that the courts or administrative authorities will not apply the sanction to her, she can never be completely sure of it. A similar explanation goes for the cases where it is relatively easier for an addressee to evade the sanction. One can never foresee the future with certainty. When considered along with the minimum character of binding force in the weak sense with regards to normative force of the reason, these explanations are sufficient to demonstrate why a sanctioning norm provides a reason for all addressees to conform to the sanctioned norm.

A similar observation can be made for cases where the reason to conform to the norm stems from the moral value of the legal norm’s content. Moral norms are universal⁶² and therefore, the reason originating from the moral content of a legal norm will be shared by all addressees. Therefore, all addressees without exception would have reason to conform to a morally worthy legal norm.

The question of whether all addressees need to have reason to conform to the norm becomes meaningful in cases where such reason does not originate from the sanction or the morally valuable content of the legal norm. Addressees might have moral or prudential reasons arising from their subjective states. For instance, an official who takes a vow to comply with laws will have a distinctive reason to conform to legal prescriptions when compared with a civilian. Promising affects the reasons one has. Moreover, conforming to a rule might be beneficial for some while being detrimental to

⁶¹ See **Kramer**, Matthew H.: “Requirements, Reasons and Raz: Legal Positivism and Legal Duties”, *Ethics*, Vol. 109, No. 2, January 1999, p. 379.

⁶² **Kant**, Immanuel: *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 11th Edition, trns. Mary Gregor, ed. Mary Gregor, Cambridge 2006, pp. 14-15.

others. If all legal norms must have a set of addressee, and if some of the addressees might have reason to conform to the norm while others do not, what ratio of the addressees should be deemed sufficient for the norm to be valid?

Expectedly, it is not possible to provide a numerical answer to this question. It also seems as a pretty difficult question to answer. I believe that this is because the right question is yet to be asked, or rather because I did not yet relate the question to why one needs to render binding force a condition of validity. I have indicated the following. Systemic validity is capable of accounting for the legal practice regarding the issuance, repeal, validity and invalidity of norms in a legal system with admirably high coherency. No legal theory doubts if a repealed or annulled norm loses its validity. Therefore, it is not necessary to suspect systemic validity's role in explaining these ordinary legal phenomena. The discussion should not concern systemic validity's role in a reasonable understanding of validity, but its sufficiency. Some philosophers cast doubt on systemic validity's capability of explaining the validity of certain norms such as the norms of international law or foreign law applicable in cases of conflict of laws⁶³. On the other hand, Gustav Radbruch's and Robert Alexy's theories in the non-positivist tradition, while accepting that systemic validity is a positive condition for legal validity, imply that systemic validity fails to account for the invalidity of norms which are unacceptably or unbearably immoral. By somewhat approaching the non-positivist tradition I have conceded the fact that systemic validity makes no attempt to explain why issuances conforming to the systemic criteria lead to creation of norms. In other words, systemic validity does not offer an explanation as to why these issuances are norms in the proper sense. In order to guarantee that issuances conforming to the systemic criteria constitute norms, I have suggested to combine systemic validity with an axiological element requiring that in order for a certain declaration of will by the authorities to constitute a norm, at least someone needs to have a reason to do so.

Depending on the explanation above I conclude that following is valid.

1) Someone who is not determined by the legal enactment as its addressee does not need to have reason to conform to the enactment. Even if, due to the

⁶³ For instance see **Grabowski**, pp. 290-291; **Raz**, "Legal Validity", pp. 341-342; **Marmor**, Andrei: "Exclusive Legal Positivism", in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma and Scott J. Shapiro, Oxford 2004, p. 105.

moral worth of the enactment's content someone who has not been determined as an addressee might have reason to do as the enactment prescribes, this fact should not be taken into consideration while determining whether an enactment has binding force. 2) At least a portion of the determined set of addressees must have reason to conform to the enactment if such enactment is to constitute a norm. The reason might originate from norms other than the one binding force of which is under consideration.

The first condition concedes the fact that under certain circumstances a non-addressee might have reason to take the action required by the norm. For instance, consider a statutory provision envisaging that "Everyone with a monthly income over 5000 Dollars, shall spend five percent of its total income with the purpose of aiding the poor". Let us assume that helping the poor, in other words the action required by the norm, is morally worthy. In such a case a person with a monthly income of 4999 Dollars also has a moral reason to help the poor. However, the reason such person has cannot be considered as a reason to conform to the norm as the norm does not require the person to do so.

On the other hand, the following question might be asked: if a certain portion of the determined addressees do not have reason – whether defeated or undefeated - to conform to the norm can it be reasonably claimed that these persons are still the true addressees of the norm? In other words, could there be a schism between the real addressees and apparent addressees?

Let real addressees be those with a reason to conform to the norm. Apparent addressees would consist of people obedience of which is demanded by the norm. It is possible for some apparent addressees not to be real addressees. Therefore, there might be a discrepancy between the sets of real and apparent addressees. The fact that binding force in the weak sense is minimum with regards to the set of addressees implies that the sets of real and apparent addressees do not have to overlap. Therefore, the minimum axiological element to be supplemented to systemic validity does not require all apparent addressees to have reason to conform to the norm.

The first important point here concerns the concept of validity. There might be a schism between the real and apparent addressees as explained above. However, it cannot be stated based on the link between minimum binding force and validity that "a legal norm is only valid in virtue of persons having reason to conform to it". Although minimum binding force is a condition for validity, validity as the existence of the norm is a black and

white concept⁶⁴. Therefore, the fact that some of the apparent addressees of the norm have absolutely no reason to conform to the norm cannot be explained by asserting that the norm is not valid for these addressees, but by realizing that the norm does not constitute an “*ought*” with regards to the actions of these persons. In other words, such people are not the *real* addressees of the norm.

Herein lies another importance of sanctions in legal systems. As previously explained, sanctions provide a standard prudential reason, weight of which may differ from one addressee to the other, for all apparent addressees of the norm. Thus, any possible schism between the sets of real and apparent addressees is bridged.

I have also stressed that the fact that people other than the apparent addressees have reason to perform the action required by the norm cannot be used to establish that the norm is binding in the weak sense. Accordingly, the set of real addressees may be equal to or narrower than the set of apparent addressees, but may never include agents falling outside the scope of the latter. Let me briefly explain why this is the case. Apparent addressees constitute a part of the norm-content. Even if a person who is not the apparent addressee of a norm takes the action required by the norm, which is another part of the norm-content, cannot be deemed to be conforming to this norm. A butcher adopting the standards of hygiene envisaged for bakers does not conform to the “Regulation Regarding the Standards of Hygiene for Bakeries”. In the best case scenario, the butcher conforms to the set of rules he adopts for its own business as inspired by the said regulation. The fact that the apparent addressees constitute a part of the norm-content makes it impossible for the set of real addressees to include persons falling outside the set of apparent addressees.

There is yet another obstacle to be surpassed with regards to the condition of minimum binding force. Sometimes when norms are enacted none of the apparent addressees have a reason to conform to the norm. Moreover, the apparent addressees may not even exist in reality. Let me start with a rather extreme example. Let us assume that a legislature believing that respect for elders is of utmost importance enacts a statute comprising the following provision: “Everyone is obliged to treat their mothers with respect”. Let us assume again that a tragic catastrophe has occurred right before the said statute was enacted and that all mothers on earth have lost

⁶⁴ See **Elias**, Katarzyna/**Zaluski**, Wojciech: “Critical Remarks on Alf Ross’s Probabilistic Concept of Validity”, *PRINCIPIA*, Vol. 61-62, 2015, pp. 249-250.

their lives. Since there is not a single child having a mother by the time the statute was enacted, no one can have a reason to conform to the norm. Let me give another example. Let us assume that the legislature has decided to impose a wealth tax at the rate of one percent on individuals with an income above a certain threshold. However, as of the issuance date, no citizen is above the said threshold of income. Therefore, in reality no one has a reason to conform to the norm. It can be further claimed that the set of real addressees for these norms is an empty set. Should we then conclude that these statutes are invalid because no one really has reason to conform to them as of the date they have been enacted?

Let me first mention a drawback of thinking that the norms in the examples are invalid. If such norms are invalid, states will sometimes fail to fulfill their function of providing social cooperation and coordination by planning. For instance, a statute regarding the precautions to be observed during pandemics will be invalid in the absence of a pandemic and will not regain its validity upon the emergence of one. However, a claim cannot be simply untrue because it has undesirable consequences. Thankfully, we do not have to acknowledge that legal norms are invalid in case the set of real addressees is an empty set. The only evaluation that needs to be performed with regards to the condition of minimum binding force is whether the set of apparent addressees can possibly correspond to a set of real addressees. In a universe where mothers suddenly disappear, the fact that female children who hold the potential of becoming future mothers remain renders the set of apparent addressees of the norm possible. The impossibility of the set of apparent addressees implies that no one can possibly have a reason to conform to a norm and results in the failure to meet the condition of minimum binding force⁶⁵. As a result, the binding force in the weak sense concerns whether the set of apparent addressees is possible and it is not necessary that any real addressee has at least some reason to conform to the norm at any given time.

⁶⁵ Here I would like to give an example concerning individual norms in a legal system. Some of these norms concern an action to be taken by a particular person. In other words, the set of apparent addressees for these norms is a single real (or legal) person. If the relevant person has died before the emergence of the individual act, the act would be invalid. This is because no one will ever have a reason to conform to such individual norms.

Kelsen believes that in order for a certain norm to be valid, it should at least exhibit some level of efficacy⁶⁶. Kelsen's reason for this position is that the constant non-application of and non-compliance to a norm leads to a new norm repealing the now inefficacious norm. This phenomenon is called *desuetude*⁶⁷. Hart adopts the contrary opinion and holds that there is no link between the efficacy of a single norm and its validity⁶⁸. Accordingly, efficacy is only a condition for the validity of the legal system as a whole and not its particular norms⁶⁹. Elsewhere, I have criticized Kelsen's view and sided with Hart⁷⁰. The reason for my rejection of Kelsen's phenomenon of *desuetude* is that as long as it lacks positive source, i.e. a norm envisaging efficacy as a condition for the validity of norms, the link between minimum efficacy and legal validity violates the dualism of is and ought. The condition of minimum binding force, although it does not have a positive source, is exempt from this criticism as it establishes a link between two normative concepts (legal validity and normativity of reason).

Let me sum up the final understanding of validity I have reached before taking on further issues. Accordingly, validity of a legal norm implies that 1) the norm has been enacted in accordance with the criteria determined by another norm valid in the same system (and that it has not been repealed or annulled) and 2) it is possible for at least one person from the set of apparent addressees to have reason to conform to the norm. These conditions are cumulative. Because it is meaningless to speak of an enactment which does not comply with the system-based criteria as "legal", while it is also impossible for something to be a norm without at least some addressees having some sort of reason to conform to it. A legal norm may only exist and be valid as a result of the fulfillment of both these conditions. I will call the understanding of validity thus formulated "axio-systemic validity".

The condition of minimum binding force may also be named as the "axiological element" of legal validity. Therefore, one may be inclined to conceive of axio-systemic validity as something similar to the understanding of validity adopted by non-positivist theories. Let me briefly state here the differences between the two views:

⁶⁶ **Kelsen**, *Pure Theory of Law*, pp. 212-213.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ **Hart**, *The Concept of Law*, p. 103.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 116.

⁷⁰ See **Gülgeç**, "Interrelationship of Validity, Efficacy and Coerciveness", pp. 686, 690, 696.

1) Axio-systemic validity perceives prudence as well as morality as the proper constituent of the axiological element. Despite what is purported by non-positivist theories, there is no necessary connection between morality and legal validity. The axiological condition can be fulfilled by the mere existence of prudential reasons.

2) In non-positivist theories the relationship between the external source (morality) and legal validity appears in the form of “contrariness”, in other words the incompatibility between the content of the legal norm and the external criteria. This is not the case with axio-systemic validity. The axiological element in non-positivist theories is negative, while it is positive in axio-systemic validity. In other words, non-positivist theories require the absence of unbearable or extreme immorality or injustice while axio-systemic validity seeks the existence of a minimum moral or prudential reason. Naturally, axio-systemic validity would also dismiss an immoral norm which addressees have no other reason to conform to as invalid. However, the fact that addressees have no reason to conform to the norm does not automatically indicate a contrariness to the external sources. As I will explain below, meaningless expressions of will are contrary to neither morality nor prudence. Yet, no one can have reason to conform to these norms. Therefore, meaningless expressions of will cannot lead to norms. In short, while non-positivist theories require the absence of a “contrariness” above a certain threshold between the legal norm and morality, axio-systemic validity seeks the existence of a reason to conform to the legal norm.

3) It can be concluded that the axiological element of axio-systemic validity is much weaker than that of non-positivist theories. Moreover, non-positivist theories seem to associate validity with binding force in the strong sense, as they fail to distinguish between an “invalid legal norm” and “a legal norm which is too unjust to be obeyed”. On the other hand, axio-systemic validity allows for the validity of a legal norm which, all things considered, ought not to be obeyed. In this context, axio-systemic validity can explain the rationality of phenomena such as civil disobedience or violation of gravely unjust legal norms without having to recourse to the invalidity of the legal norm.

ii. Three advantages of axio-systemic validity

The three important advantages of associating validity with binding force in the weak sense over an association with binding force in the weak sense should be clear by now. Association of validity with binding force in

the weak sense is capable of explaining 1) how the norm which ultimately ought not to be obeyed in normative collisions retains its validity, 2) how it can be justified not to act in accordance with a valid norm and 3) the irrationality of an addressee who does not take into account the prudential reason she has in favor of conforming to a legal norm which, all things considered, ought not to be obeyed due to a moral reason. Here I will examine three advantages of axio-systemic validity over systemic validity.

The first case concerns the principle of *impossibilium nulla obligatio est*. This principle expresses that in order for the existence of a normative requirement, the required action must be possible⁷¹. In other words, “ought implies can”⁷². At the other end of the spectrum there is the principle of *necessitatem nulla obligatio est*. This principle expresses that there can be no obligation regarding an action which will necessarily be taken⁷³. In other words, the first principle requires a possible action while the second demands a non-necessary one. Positivist authors generally do not contest these principles.

The second case expresses that meaningless expressions of will cannot lead to norms⁷⁴. For instance, a statutory provision such as “All ought to abcd” does not constitute a norm despite the fact that it has been enacted in accordance with the system-based criteria. This is because “abcd” cannot be interpreted as a meaningful verb. This is also generally accepted by positivist authors⁷⁵. One, therefore, needs to examine whether invalidity of meaningless expressions can be explained by systemic validity.

⁷¹ For instance see **Zorzetto**, Silvia: “Thinking of Impossibility in Following Legal Norms: Some Brief Comments About Bartosz Brożek’s Rule-Following”, *Revus*, No. 20, 2013, p. 56.

⁷² See **Ferreira**, Nick: “Feasibility Constraints and Human Rights: Does ‘Ought’ Imply ‘Can’”, *South African Journal of Human Rights*, Vol. 28, No. 3, 2012, p. 483; **Feis**, Guglielmo: “Ought Implies Can: Counter-Examples and Intentions”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, 2017, pp. 37-39. “Ought implies can” rests on Kant’s idea that in order to be normatively required to take some action, it must be possible to take the action. See **Kant**, Immanuel: *The Critique of Pure Reason*, trans. and ed. Paul Guyer, Cambridge 2000, p. 540.

⁷³ Natural necessities cannot constitute normative requirements. A norm needs to be violable. See **Zorzetto**, p. 56.

⁷⁴ **Gözler**, Kemal: *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara 1998, p. 29.

⁷⁵ Kelsen dismisses expressions of will which does not contain a sanction and which cannot be interpreted as relating to the scope of application of a sanction as irrelevant (**Kelsen**, *Pure Theory of Law*, p. 52). These are norms subjective meaning of which

The third case claims that norms cannot imply descriptive statements. They can only imply normative statements. Descriptive and normative statements are either true or false. Norms, on the other hand, cannot be true or false, but valid or invalid⁷⁶. Descriptive statements convey information as to what is. Norms should not describe what is, but constitute an “ought” for human action. Formal sources of law sometimes contain descriptive statements. Some descriptive statements can be interpreted as expressing normative requirements and it can be propounded that such statements are eligible for representing the content of a norm. On the other hand, it should be conceded that descriptive statements which cannot be interpreted as normative statements cannot be norms⁷⁷. Lastly, I will demonstrate that axio-systemic validity is more successful than systemic validity in accounting for why norms cannot be expressed by descriptive statements.

Systemic validity does not impose restrictions on the norm-content unless such restriction has been envisaged by a norm of the legal system. Therefore, it falls short of explaining why actions which are impossible or necessary due to a law of nature cannot constitute the action required by a norm.

In fact, it can be observed that some positivist thinkers do not adopt a pure version of systemic validity. Kelsen, for instance, combines systemic validity with factual validity. Accordingly, particular norms lacking minimum efficacy lose their validity although no systemic norm envisages it⁷⁸. Since I attempt to combine systemic validity with axiological validity, I

cannot be interpreted as their objective meaning (*ibid.*) and therefore are invalid. Kemal Gözler indicates that meaningless expressions of will do not have the character of norms while also adhering to the idea of systemic validity (*see Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, pp. 29, 73).

⁷⁶ On the other hand, this issue is not without dispute. Some thinkers believe that norms can be true or false (**Alchourrón/Bulygin**, p. 95). Here I will not attempt to take sides in this discussion. Regardless of one’s side in this dispute, the thought that descriptive statements cannot be expressed by norms does not rely on the truth-aptness of norms. Therefore, the dispute regarding the truth-aptness of norms will not affect the conclusion here.

⁷⁷ It should not be thought that I believe norms to be statements. When I mention a statement not being a norm, I mean a statement not being suitable for being expressed by a norm.

⁷⁸ **Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, trns. Michael Hartney, Oxford 1991, p. 163. Kemal Gözler is another author combining systemic validity with factual validity. Accordingly, although the validity of all other norms originate from yet another norm

do not have a generic objection to the attempt to do the same with systemic and factual validity.

One might think that it is possible to explain the principle of *impossibilium nulla obligatio est* based on a combination of systemic and factual validity. This is because a norm which cannot be conformed to will inevitably remain below the minimum efficacy threshold. This being said, the systemic-factual validity implies more than the principle. The doctrine of *desuetude* also applies to norms which could be conformed to but were not. Therefore, what systemic-factual validity explains does not completely correspond to what the principle expresses.

There might also be cases where systemic-factual validity completely fails to explain the invalidity of norms requiring the impossible action. Since an agent cannot conform to or comply with a norm requiring the impossible, such norm cannot be efficacious by way of observance⁷⁹. However, I believe that this is not the only way duty-imposing norms can be efficacious. In the past I have adopted the view that in case a duty-imposing norm is sanctioned, whether the sanction has been applied or not should also be considered while determining the efficacy of a norm⁸⁰. This claim might seem self-contradictory. This is because unlike Kelsen, I think that sanctioning norm is a norm independent from the sanctioned one. When this is the case, one may be inclined to believe that applying the sanction only affects the efficacy of the sanctioning norm and not the sanctioned one. It must be acknowledged, however, that the sanctioned norm still serves a function within the mind of the sanction applying organ. The fact that the sanctioned norm has been violated serves as a reason for the application of the sanction. In other words, the sanctioned norm still continues to create a change in the legal realm. Therefore, it must be conceded that, although it is not the norm complied with by the organ applying the sanction, the process of sanction application increases the efficacy of the sanctioned norm. In other words, although the sanctioned norm is not conformed to by the

within the same legal system, the validity of the constitution cannot stem from another norm, but from the will of the primary constituent power. In other words, a constitution is valid because it has been issued and it factually exists. See **Gözler**, Kemal: *Hukuka Giriş*, 10th Edition, Bursa 2013, pp. 207-208.

⁷⁹ Compliance is apt for measuring the efficacy of duty-imposing norms while it is inapt to determine the efficacy of power-conferring norms. See **Munzer**, Stephen: *Legal Validity*, The Hague 1972, pp. 30, 33.

⁸⁰ See **Gülgeç**, “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, pp. 704-705.

sanction applying organ, it could be argued that the legal system raises the efficacy level of the violated norm by showing the envisaged reaction (application of the sanction).

Let us now assume that the legal system attaches a sanction to a norm requiring the impossible. If the legal officials charged with applying the sanction for the violations of such a norm actually, even if occasionally, apply the sanction envisaged, one can no longer hold the norm requiring the impossible to be inefficacious and thus invalid. What is important from the perspective of the systemic-factual validity is whether such sanctions are applied or not. Therefore, even if it could be argued that the legal officials should refrain from applying the sanction, application of the sanction continues to contribute to the efficacy of the norm requiring the impossible. In conclusion, there might be cases where it is altogether impossible to explain the principle of *impossibilium nulla obligatio est* by reference to systemic-factual validity.

Axio-systemic validity makes no reference to facts while explaining why an impossible action cannot be the action required by a norm. What is important is whether the agent might have reason to take the impossible action. This is not possible because reason does not demand the impossible. This is true for both morality and prudence. Of course, it might be impossible to conform to the demands of reason in a specific case. For instance, there may be cases where one has reasons to take conflicting actions and if taking one of these actions will *ipso facto* mean failing to take the other, it would not be possible to take one of the actions actually supported by reason. However, the principle of *impossibilium nulla obligatio est* concerns actions which are never possible, not actions impossible to be taken under certain circumstances⁸¹. Reason never requires an action that can never be taken by the agents.

Can it be explained by systemic-factual validity why actions that will necessary be taken cannot be required by norms? The first point to make is that the principle of *necessitatem nulla obligatio est* implies that the efficacy of a norm cannot necessarily be a hundred percent. In other words, the norm must be violable. The expression “necessarily” here is important. A norm can be fully effective. A norm which has never been violated and has always been complied with is fully efficacious. However, this must be contingent

⁸¹ Joachim Hruschka stresses that the action mentioned by the principle is physically impossible. See **Hruschka**, Joachim: “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie*, Vol. 22, No. 4, 1991, pp. 454.

and not necessary. The principle requires that a norm is violable, not that it is violated.

As previously explained, from the perspective of systemic-factual validity minimum efficacy is a condition for validity. In other words, it does not specify any consequences for the validity of a very efficacious norm. Therefore, systemic-factual understanding, as it is explored here, cannot explain why necessary actions cannot constitute a part of the norm-content. Efficacy is the positive and not a negative condition of validity.

An inviolable norm is not a normative rule or directive but a law of nature. The action in such a law is not to be taken; it will be taken. As such, it is something that will come to pass under the right circumstances rather than being a requirement to be fulfilled. If this is the case, then axio-systemic validity can explain the invalidity of norms requiring a necessary action. Laws of nature are descriptive. These explain natural phenomena. Reason why descriptive statements cannot be implied by norms and how axio-systemic validity accounts for this will be examined below.

I suggest that we consider the relationship between the principle *impossibilium nulla obligatio est* and the claim that meaningless expressions cannot have normative character. In case meaningless expressions could be understood as norms conformance to which is conceptually impossible, we will have a shortcut to understanding how axio-systemic validity can explain why meaningless expressions cannot lead to norms.

First, the situation of meaningless expressions cannot be associated with the principle of *necessitatem nulla obligatio est*. What is common for both is that the norms cannot be violated. On the other hand, the efficacy of the norm requiring the necessary action is a hundred percent. This cannot be the case regarding meaningless expressions. It is not possible to conform to or violate the meaningless expression. Therefore, attempting to establish a link over the inviolable nature of meaningless expressions would be the strategically sounder path to take.

If the content of the so-called norm is meaningless, the addressees of the norm cannot possibly have reason to conform to it. Furthermore, even conforming to the norm for the wrong reasons is impossible. It is important to distinguish meaningless expressions from uncertain, vague or ambiguous expressions. In case of uncertainty, what the legal officials should is to

dissipate the uncertainties by way of “operative interpretation”⁸². Similarly, non-conformance to a legal norm due to uncertainty, can only be justified with reference to an uncertainty violating the requirements of a positive legal principle such as the “rule of law” or *Rechtsstaat*. Therefore, certainty is not by itself a condition for validity. Meaninglessness implies that it is impossible to determine the content of the requirement by way of interpretation. For instance, “All need to crumptyfy” cannot be the norm-content since “to crumptyfy” is not a meaningful verb. No one can conform to such a norm.

Based on what is stated above, I believe that why meaningless expressions cannot constitute the norm-content can be explained in line with the principle of *impossibilium nulla obligatio est*. Therefore, regarding axio-systemic and systemic-factual understandings of validity, the relevant evaluation above will suffice. I will not repeat the conclusion here.

Norms are not descriptive but prescriptive. Accordingly, if a statutory provision comprises the expression that “Houses are white” and if this expression cannot be interpreted as “Houses shall be painted white”, one must conclude that the provision is not a norm, i.e. is invalid. Legal positivists acknowledge that descriptive statements cannot have norm-character⁸³. Despite this acknowledgment, systemic validity which is at the core of legal positivism does not concern such criteria of validity. These are rather additional conditions of validity. Therefore, what ultimately fails to explain why descriptive statements cannot have norm-character is not positivist theories, but the main understanding of validity adopted by these theories. If expressions of will with a certain content cannot lead to norms and if validity is the existence of the norm, the adopted understanding of validity should be capable of explaining this condition.

Systemic validity does not reject the norm character of descriptive statements unless such condition is envisaged by a positive rule of the legal system. If a statutory expression such as “Turks do not commit crimes”

⁸² **Wróblewski**, *The Judicial Application of Law*, p. 87.

⁸³ For instance see **Gözler**, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, p. 16 (descriptive premises cannot be followed by normative conclusions); **Kelsen**, *General Theory of Norms*, p. 150.

cannot be interpreted as “Turks shall not commit crimes”⁸⁴, it will be acknowledged as valid as long as the statute is systemically valid. Axio-systemic validity, on the other hand, is capable of explaining why such descriptive statements which cannot be interpreted as prescriptive ones do not have norm-character. As will be remembered, the axiological element requires the addressees of a norm to have reason to conform to the norm. Since descriptive statements do not express requirements regarding an action, it is impossible for the addressees to have reason to conform to norms contents of which are descriptive.

II. AXIO-SYSTEMIC VALIDITY AND LEGAL POSITIVISM

The discussion above establishes the fundamental characteristics of axio-systemic validity. What I aim to do in this section is to put an argument forward in favor of the idea that axio-systemic validity is compatible with legal positivism. Naturally, such an argument requires a clarification regarding the meaning of legal positivism. What is the essence of legal positivism? What are its tenets shared by all positivists?

Labeling theories is often done without much hesitation. The answers to the questions above, however, cannot be given so easily. The vast variety of legal positivist theories renders it difficult to determine the core positivist tenets. It do not claim here to have determined the correct legal positivism. However, it can be demonstrated that axio-systemic validity is compatible with at least a specific sort of legal positivism.

The core of legal positivism can be explained by reference to three fundamental theses: the separability thesis, the social fact thesis and the sources thesis. The first part of this section will argue that axio-systemic validity is incompatible with social fact and the sources theses. The second part will first attempt to dissipate the vagueness in the meaning of the separability thesis and then demonstrate that axio-systemic validity is compatible with the separability thesis.

Above, I have touched upon some differences between the understanding of validity defended by the non-positivist theories and axio-systemic validity. The fact that by allowing prudence to become an independent source for legal normativity should be sufficient to convince the readers that axio-systemic validity is definitely not non-positivist. It rejects

⁸⁴ Kelsen correctly indicates that grammatically descriptive statements can be used to express norms as long as they can be interpreted as prescriptive statements. See **Kelsen**, *General Theory of Law and State*, pp. 149-150.

the idea of a necessary connection between law and morality which could be considered as the fundamental thesis of natural law and non-positivist theories. This is why I have argued elsewhere⁸⁵ that even if one may question the compatibility of axio-systemic validity with separability thesis or may reject the idea that the separability thesis may correctly characterize legal positivism, it is undeniable that the axio-systemic validity does not represent the understanding of validity belonging to a natural law theory. Therefore, if legal theories could be represented by a spectrum, the theory embracing axio-systemic validity would take its place away from natural law theories and close to legal positivism. Its relative proximity to legal positivism stems from the facts that 1) it directly rejects the fundamental claim of natural law and non-positivist theories and that 2) it limits the extent of the axiological element to a minimum as previously explicated.

A. Axio-Systemic Validity's Incompatibility with The Social Fact and Sources Theses

In reply to Dworkin's famous criticism of the validity based on pedigree, Hart has acknowledged that moral standards can constitute standards of validity for legal norms in case the Rule of Recognition of the legal system includes these standards or norms as criteria of validity⁸⁶. Following Hart's answer legal positivists were separated into two different camps. One group followed Hart and formed inclusive or soft positivism. Others were uncomfortable with the compromise and opposed Hart's idea, thereby forming the camp of exclusive or hard positivism.

The social fact thesis can be described as the basic tenet of inclusive (soft) legal positivism⁸⁷. According to the social fact thesis moral standards can never *necessarily* be a criterion of validity for legal norms⁸⁸. As Hart conceded, there might be cases where moral standards constitute criteria for legal validity. However, this is contingent on whether the relevant Rule of Recognition of the legal system deems it so⁸⁹. In other words, moral standards and evaluative considerations may only constitute criteria of validity in case "the law says so".

⁸⁵ See **Gülgeç**, Normativite ve Pozitivizm, pp. 680-683.

⁸⁶ See **Hart**, The Concept of Law, pp. 247-248.

⁸⁷ See **Coleman**, Jules L.: "Rules and Social Facts", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 14, No. 3, Summer 1991, p. 722.

⁸⁸ **Gardner**, John: "Legal Positivism 5 ½ Myths", American Journal of Jurisprudence, No. 46, 2001, p. 223.

⁸⁹ **Hart**, The Concept of Law, p. 247.

The sources thesis is very similar to the social fact thesis but diverges from it with respect to a very important detail. Accordingly, moral standards and evaluative considerations can *never*, even contingently, become criteria of legal validity⁹⁰. It is true that the Rule of Recognition may make references to morality or moral principles. However, this is never the ideal morality, but positive morality⁹¹. Imagine a statutory provision declaring immoral contracts null and void. Exclusive positivism would argue that such a contract would not be invalid by virtue of ideal morality, but based on morality agreed upon by the majority of the judges. Thus what constitutes a true criterion of validity is not ideal morality but a social fact, i.e. the judges' agreement.

Notice that if axio-systemic validity violates the social fact thesis, it will automatically violate the sources thesis as it is the more demanding of the two. Now, it is pretty much straightforward why axio-systemic validity violates the social fact thesis. The violation stems from the axiological element. This element makes it necessary that in order for legal norms to be valid, there needs to be some sort of connection between the enactment (which can be determined on the basis of pure social facts, i.e. based on the criteria of systemic validity) and reason in the form of morality or prudence. Both these normative sources, namely morality and prudence, are considered in their ideal dimensions. Moreover, this moral or prudential criterion does not need to be envisaged by the Rule of Recognition of the legal system. It is imposed as a criterion independent from any legal source. Thus, axiological element is not a contingent but necessary condition for validity. Therefore, one would have to conclude that axiological element of axio-systemic validity violates the social fact thesis and thus, the sources thesis.

There may be cases where one actually does not need to perform an evaluative consideration in order to conclude that a legal enactment is axio-systemically valid. I have mentioned above that the existence of a sanction for the violation of a norm provides a valid prudential reason to conform to the norm. Since systemic validity of a legal norm does not require evaluative consideration, and because it is possible to determine the existence of a sanction purely on the basis of social facts, one may be inclined to think that axio-systemic validity does not always violate the social fact and the sources

⁹⁰ **Raz**, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, pp. 39-40.

⁹¹ See **Finnis**, John: "Natural Law: The Classical Tradition", in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma and Scott J. Shapiro, Oxford 2004, p. 15.

theses. I believe that the looks are deceiving in the case of sanctions. Let this be a shorthand formula for axio-systemic validity in cases where a norm is sanctioned: if a norm is enacted in accordance with system-based criteria, it has not been repealed or otherwise invalidated while it is also sanctioned, it is axio-systemically valid. It is true that one testing whether a norm satisfies the formula above does not need to engage in evaluative reasoning. It must be remembered, however, that the formula is just a shorthand restatement of an evaluative reasoning and it conceals the evaluative reasoning justifying the formula. Therefore, it would be apt to conclude that axio-systemic validity always violates the said theses and it is not possible for the adherents of the social fact or the sources theses to adopt axio-systemic validity.

B. Axio-Systemic Validity's Compatibility with The Separability Thesis

The separability thesis is usually expressed as the claim that legal validity does not necessarily depend on the legal norm's conformity with a moral standard⁹² or that there are no necessary connections between law and morality⁹³. The second expression refers to issues other than legal validity and makes it possible for the separability thesis to have different meanings. Pino has determined that the separability thesis can have multiple meanings related to issues ranging from the determination of the legal norm to psychological relations between law and morality⁹⁴.

In the past I have proposed that the separability thesis can have three different meanings which could reasonably be said to be defended by legal positivists. The first concerns the separability of moral value and legal validity. The second argues that the reason the addressees have to conform to legal norms is not necessarily a moral reason. The last one claims that it is not necessary to appeal to moral considerations while determining the

⁹² **Moreso**, p. 100.

⁹³ **Coleman**, Jules L.: "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, 1982, pp. 140-141; **Himma**, Kenneth Einar: "Inclusive Legal Positivism", in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma and Scott J. Shapiro, Oxford 2004, pp. 135-136.

⁹⁴ **Pino**, pp. 199-203. I will not explore all of these meanings here, but rather rely on the conclusion of a previous effort to determine which of these fields can constitute the correct content of the separability thesis when it is construed as the core of a legal positivist theory.

content of legal norms⁹⁵. Here I will simply explain why axio-systemic validity is compatible with the separability thesis.

An immoral legal norm is a norm which addressees have a moral reason to refrain from conforming to. Could it be possible for the addressees to have moral reason to conform to an immoral norm? This obviously depends on the case. A legal norm may be in conformity with a moral standard while violating another. In this case, the addressees would have conflicting reasons for action. Regardless of whether they eventually ought to violate the legal norm, it would retain its validity as long as they have a moral reason in favor of conformance. Moreover, it is perfectly possible for the addressees to have prudential reason to conform to an immoral norm. The norm would retain its validity also in such a case. Therefore, axio-systemic validity is compatible with the first meaning of the separability thesis in that it does not require immoral legal norms to be invalid.

Similarly, the axiological element of axio-systemic validity is composed of both morality and prudence. There is no legal norm considering which it is necessary that the addressees have moral reasons to conform to. Even if it is conceded that moral reasons always defeat prudential reasons, there is nothing in axio-systemic validity that would require the addressees to have moral reasons to obey certain legal norms. Therefore, axio-systemic validity is also compatible with the second meaning of the separability thesis.

Sometimes legal norms incorporate moral standards. A statutory provision declaring the nullity of immoral contracts, or a constitutional provision requiring the restriction of fundamental rights and freedoms to be consistent with the demands of justice exemplify such legal rules. In order to determine whether a contract is immoral or not, in other words determining the exact meaning of the legal norm for the case at hand, may require appealing to moral considerations. Notice first, however, that such consideration is only necessary when legal norms incorporate moral standards. Moreover, axio-systemic validity does not concern the determination of the content of legal norms. Any evaluation regarding the axiological element would be an evaluation regarding the binding force, and not the content, of the legal norm. It is true that sometimes the reason addressees have to conform to a legal norm stems from the morally valuable content of the legal norm. However, axio-systemic validity does not impose

⁹⁵ For more detailed discussions on the issue please see **Gülgeç**, *Normativite ve Pozitivizm*, pp. 651-657.

this as a necessary condition. It is a contingent matter. Therefore, there is nothing in axio-systemic validity that violates the third and the last meaning of the separability thesis.

CONCLUSION

Axio-systemic validity obviates an important deficiency of systemic validity. Unlike systemic validity, enactments valid in accordance with axio-systemic validity are guaranteed the norm-character. Thereby, it bridges the gap between a positivist understanding of validity and reason. I would like to briefly touch upon what differentiates it from the efforts made by prominent scholars such as Raz and Shapiro.

I have indicated above that Raz's theory based on the concept of authority is paramount to understanding how law can have a special normative power. The whole project based on the authority of law is dedicated to explaining the conditions for law's having this special normative power. Raz's theory focuses on a conceptual claim regarding the legal directives⁹⁶ (claim to authority) and aspires to discover the conditions and consequences of law's authority. As such, it is not truly a theory on legal validity, but the binding force of legal norms. Axio-systemic validity, on the other hand, is purely a theory on legal validity. As a theory of legal validity pertaining to particular norms and since it rejects the idea that legal norms ought to make practical differences (the practical difference thesis), it does not limit itself to the special normative force of legal directives. It ventures to explain the conditions for the existence of legal directives as norms. In this respect, axio-systemic validity also relates to cases where specific legal directives lack legitimate authority⁹⁷.

Scott Shapiro perceives the most fundamental rules of a legal system as plans⁹⁸. More specifically, fundamental legal rules are shared plans which

⁹⁶ All legal directives necessarily lay a claim to authority (Raz, Joseph: *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009, pp. 111-112). Like all claims, claim to authority may be true or false, justified or unjustified.

⁹⁷ This is to imply that axio-systemic validity can be reconciled with the idea that directives with legitimate authority have a special normative force due to fact that it is an exclusionary reason. Nothing in the understanding of axio-systemic validity prevents a legal norm having exclusionary normative force. It is possible for a reason an addressee has to conform to a norm to be an exclusionary reason. The axio-systemic validity introduces a minimum standard regarding the reason to conform to a norm and does not exclude the possibility of such reason being an exclusionary one.

⁹⁸ See Shapiro, Scott J: *Legality*, Cambridge 2011, p. 119.

involve planning for a group⁹⁹. Accordingly, the existence of a shared plan is determined purely on social facts. A plan is shared and exists if a) it has been laid down by at least some members of the group with the group in mind, b) it has been accepted by the members of the group and c) it is publicly accessible¹⁰⁰. According to Scott Shapiro, in order to achieve complex goals and ends, plans are necessary¹⁰¹ and rationality dictates that once adopted, they should be complied with¹⁰². Since fundamental legal rules are shared plans, legal normativity can be explained by reference to the normativity of plans.

Just like systemic validity, planning theory of law attempts to explain the existence of legal norms purely on social facts. The effort is made to demonstrate that once the social fact in the form of shared plan exists, it is inevitably binding, i.e. law's normative force follows directly from the existence of certain social facts¹⁰³. As previously indicated, whether instrumental rationality is a distinct category of rationality is disputed. Moreover, Shapiro has been criticized for solely focusing on instrumental rationality and not allowing for divergence from an accepted plan¹⁰⁴.

Axio-systemic validity holds that the social facts underlying the emergence of law do not necessarily imbue it with normative force¹⁰⁵. This lies in the foundation of its criticism to systemic validity and it is what

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 179-181.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 136.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 119. Also see **Shapiro**, Scott J.: "Planning Agency and the Law", in *New Essays on the Normativity of Law*, eds. Stefano Bertea and George Pavlakos, Oxford 2011, p. 18.

¹⁰² **Shapiro**, *Legality*, pp. 126-127.

¹⁰³ There are many important issues to be discussed when it comes to instrumental rationality and the possibility of explaining legal normativity by reference thereto. However, this would have to be left to another time and another work due to its irrelevance and the attention to detail it requires. Therefore, I will limit my explanations to how axio-systemic validity avoids some problems associated with instrumental rationality and the effort to use it in order to explain legal normativity.

¹⁰⁴ See **Sherwyn**, p. 410.

¹⁰⁵ This claim seems similar to what is held by some philosophers that there is no general obligation to obey law. However, in case obligation is understood to relate to the action which, all things considered, ought to be taken, it might be possible to separate the claims here by indicating that although the agents might not have to follow legal directives all things considered, they will have a reason, even if it is a defeated reason, to do so by virtue of the directive's being a legal directive. If this is the case, axio-systemic validity claims that enactments in conformity with the system-based criteria does not guarantee that the addressees will have a reason to conform to the enactment.

necessitates the incorporation of an axiological element. Moreover, the binding force of law, according to systemic validity, does not have to be instrumental. Addressees might have reason to conform to a legal directive because the directive will promote a certain end the addressee has. However, this is not the only sort of reason an addressee might have. Therefore, I can conclude that axio-systemic validity evades the problems associated with instrumental rationality.

Despite its advantages over and differences from the examined theories, axio-systemic validity suffers from a fundamental flaw stemming from its systemic component. Since systemic validity requires an enactment to be in conformity with system-based criteria, it fails to account for the validity of the hierarchically supreme norm of a legal system. Let us assume that this norm is a legal document called “constitution”. The validity of the constitution is a prerequisite for the existence of a “system”. It establishes the primary criteria of legal validity and its own validity cannot be determined by reference to another norm valid within the system. This dooms axio-systemic validity as an understanding merely relating to the validity of particular norms within the system other than the hierarchically supreme norm.

One has to adopt a different understanding regarding the validity of the constitution or the hierarchically supreme norm of a system. In this different understanding, systemic validity has to be abandoned. Elsewhere, I have suggested axio-factual validity as an option. However, this suggestion requires dealing with and the justification of several important issues and claims such as 1) whether the adoption of different understandings regarding different norms within a legal system can be justified and 2) if the adoption of axio-factual validity violates the Hume’s Law. These cannot be further pursued here and need to be resolved elsewhere.

BIBLIOGRAPHY

- Aarnio**, Aulis: *The Rational As Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht 1987.
- Alchourrón**, Carlos E./**Bulygin**, Eugenio: "The Expressive Conception of Norms", *in* *New Studies in Deontic Logic: Norms, Actions and the Foundations of Ethics*, ed. Risto Hilpinen, Dordrecht 1981, pp. 95-124.
- Alexy**, Robert: "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000, pp. 294-304.
- Alexy**, Robert: *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, trns. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Oxford 2004.
- Antonov**, Mikhail: "Systemicity of Law: A Phantasm", *Russian Journal of Law*, Vol. 3., No. 3, 2015, pp. 110-125.
- Aral**, Vecdi: "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Vol. 31, No. 1-4, pp. 513-552.
- Austin**, John: *The Province of Jurisprudence Determined*, 2nd Edition, ed. Wilfrid E. Rumble, Cambridge 2001.
- Barnett**, Hilaire: *Constitutional and Administrative Law*, London 2002.
- Bratman**, Michael E.: "Reflections on Law, Normativity and Plans", *in* *New Essays on the Normativity of Law*, eds. Stefano Bertea and George Pavlakso, Oxford 2011, pp. 73-85.
- Coleman**, Jules L.: "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, No. 4, 1998, pp. 381-426.
- Coleman**, Jules L.: "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, 1982, pp. 139-164.
- Coleman**, Jules L.: "Rules and Social Facts", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, No. 3, Summer 1991, pp. 703-726.
- Crisp**, Roger: "Prudential and Moral Reasons", *in* *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*, ed. Daniel Star, Oxford 2018, pp. 800-820.
- Delacroix**, Sylvie: *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*, Portland 2006.
- Duxbury**, Neil: "Kelsen's Endgame", *The Cambridge Law Review*, Vol. 67, No. 1, March 2008, pp. 51-61.
- Dworkin**, Ronald M.: "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1, Autumn 1967, pp. 14-46.

- Edmundson**, William A.: Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority, Cambridge 1988.
- Eliasz**, Katarzyna/**Zaluski**, Wojciech: “Critical Remarks on Alf Ross’s Probabilistic Concept of Validity”, *PRINCIPIA*, Vol. 61-62, 2015, pp. 245-257.
- Feis**, Guglielmo: “Ought Implies Can: Counter-Examples and Intentions”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 2, 2017, pp. 37-52.
- Ferreira**, Nick: “Feasibility Constraints and Human Rights: Does ‘Ought’ Imply ‘Can’?”, *South African Journal of Human Rights*, Vol. 28, No. 3, 2012, pp. 483-505.
- Finnis**, John: “Natural Law: The Classical Tradition”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma and Scott J. Shapiro, Oxford 2004, pp. 1-60.
- Finnis**, John: “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 53, No. 1, 2007, pp. 25-53.
- Gardner**, John: “Legal Positivism 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, No. 46, 2001, pp. 199-228.
- Gözler**, Kemal: *Hukuka Giriş*, 10th Edition, Bursa 2013.
- Gözler**, Kemal: *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara 1998.
- Gözler**, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 2nd Edition, Bursa 2018, pp. 655-656.
- Grabowski**, Andrzej: *Juristic Concept of the Validity of Statutory Law: A Critique of Contemporary Legal Nonpositivism*, trns. Małgorzata Kiełtyka, Berlin 2013.
- Gregory**, Alex: “Normative Reasons as Good Bases”, *Philosophical Studies*, Vol. 173, No. 9, 2016, pp. 2291-2310.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: *Normativite ve Pozitivizm*, On İki Levha, İstanbul 2020.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: “Interrelationship Between Validity, Efficacy and Coerciveness”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol. 66, No. 4, 2017, pp. 677-730.
- Gülgeç**, Yahya Berkol: *Lex Superior İlkesi: Hukuki Geçerliliği ve Uygulaması*, İstanbul 2018.

- Gülgeç**, Yahya Berkol: *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 2nd Edition, İstanbul 2018.
- Haldemann**, Frank: “Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law”, *Ratio Juris*, Vol. 18, No. 2, 2005, p. 162-178.
- Hart**, H.L.A.: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4, February 1958, pp. 593-629.
- Hart**, H.L.A.: *The Concept of Law*, 3rd Edition, Oxford 2012.
- Hauser**, Raimund: *Norm, Recht und Staat*, Vienna 1968.
- Himma**, Kenneth Einar: “Coercive Enforcement and a Positivist Theory of Legal Obligation”, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade International Edition*, Year: LX, No. 2, 2012, pp. 216-242.
- Himma**, Kenneth Einar: “H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, Vol. 6, No. 1, 2000, pp. 1-43.
- Himma**, Kenneth Einar: “Inclusive Legal Positivism”, in *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, eds. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma and Scott J. Shapiro, Oxford 2004, pp. 125-165.
- Himma**, Kenneth Einar: “The Ties That Bind: An Analysis of the Concept of Obligation”, *Ratio Juris*, Vol. 26, No. 1, 2013, pp. 16-46.
- Himma**, Kenneth Einar: “Towards a Comprehensive Positivist Theory of Legal Obligation”, *Ankara Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2012, pp. 109-134.
- Hruschka**, Joachim: “Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln”, *Rechtstheorie*, Vol. 22, No. 4, 1991, pp. 449-460.
- Kant**, Immanuel: *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 11th Edition, trns. Mary Gregor, ed. Mary Gregor, Cambridge 2006.
- Kant**, Immanuel: *The Critique of Pure Reason*, trans. and ed. Paul Guyer, Cambridge 2000.
- Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, 3rd Edition, trns. Anders Wedberg, Cambridge 1949.
- Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, trns. Michael Hartney, Oxford 1991.
- Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 5th Edition, trns. Max Knight, New Jersey 2008.

- Korsgaard**, Christine M.: “Normativity of Instrumental Reason, *in* Ethics and Practical Reason, eds. Garrett Cullity and Berys Gaut, Oxford 2003, pp. 215-254.
- Kramer**, Matthew H.: “Requirements, Reasons and Raz: Legal Positivism and Legal Duties”, *Ethics*, Vol. 109, No. 2, January 1999, pp. 375-407.
- Kühl**, Kristian: “Radbruch Formülü”, trns. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Vol. LXX, No. 1, pp. 369-374.
- Marmor**, Andrei: “Exclusive Legal Positivism”, *in* The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, eds. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma and Scott J. Shapiro, Oxford 2004, pp. 103-124.
- Moreso**, José Juan: “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Dritto & Questioni*, No. 1, 2001, pp. 99-117.
- Munzer**, Stephen: *Legal Validity*, The Hague 1972.
- Peczenik**, Alexander: “The Structure of a Legal System”, *Rechtstheorie*, Vol. 6, No. 1-2, 1975, pp. 1-16.
- Pino**, Giorgio: “Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals”, *Ratio Juris*, No. 190, 2014, pp. 190-217.
- Radbruch**, Gustav: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, Vol. 1, No. 5, August 1946, pp. 105-108.
- Raitio**, Juha: “What is Meant by Legal Certainty and Unvertainty”, *Rechtstheorie*, Vol. 37, No. 4, 2006, pp. 393-405.
- Raz**, Joseph: *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford 2009.
- Raz**, Joseph: *From Normativity to Responsibility*, Oxford 2011.
- Raz**, Joseph: “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 19, No. 1, 1975, pp. 94-111.
- Raz**, Joseph: “Legal Validity”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 63, No. 3, 1977, pp. 339-353.
- Raz**, Joseph: *Practical Reason and Norms*, Oxford 1999.
- Raz**, Joseph: “Reasons for Action, Decisions and Norms”, *in* *Practical Reasoning*, ed. Joseph Raz, Oxford 1978, pp. 128-143.
- Raz**, Joseph: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford 1979.

- Raz**, Joseph: “The Myth of Instrumental Rationality”, *Journal of Ethics & Social Philosophy*, Vol. 1, No. 1, April 2005, pp. 1-28 (available at https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2252, Date of Access: 4 November 2020).
- Ross**, Alf: “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, eds. Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, Oxford 1998, pp. 147-163.
- Rüthers**, Bernd: *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, Munich, 1999.
- Shapiro**, Scott J: *Legality*, Cambridge 2011.
- Shapiro**, Scott J.: “Planning Agency and the Law”, in *New Essays on the Normativity of Law*, eds. Stefano Bertea and George Pavlakos, Oxford 2011, pp. 18-72.
- Sherwyn**, Emily: “Legality and Rationality: A Comment on Scott Shapiro’s *Legality*”, *Legal Theory*, No. 19, 2013, pp. 403-421.
- Smith**, M.B.E.: “Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?”, *The Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 5, 1973, pp. 950-976.
- Stewart**, Iain: “Closure and the Legal Norm: An Essay in Critique of Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 50, No. 7, 1987, pp. 908-933.
- Waluchow**, Wil: “Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism”, *Legal Theory*, No. 6, 2000, pp. 45-81.
- Wedgwood**, Ralph: *The Nature of Normativity*, Oxford 2007.
- Wróblewski**, Jerzy: “Problems of Objective Validity of Norms”, *Rechtstheorie*, Vol. 14, No. 1, 1983, pp. 19-28.
- Wróblewski**, Jerzy: *The Judicial Application of Law*, eds. Zenon Bankowski and Neil MacCormick, Berlin 1992.
- Ziemiński**, Zygmunt: *Practical Logic*, trns. Leon Ter-Oganian, Dordrecht 1976, p. 62.
- Zorzetto**, Silvia: “Thinking of Impossibility in Following Legal Norms: Some Brief Comments About Bartosz Brożek’s Rule-Following”, *Revus*, No. 20, 2013, pp. 47-60.

VASİYETNAME LEHİNE YORUM İLKESİ VE BU İLKENİN TÜRK MEDENİ KANUNU'NA YANSIMALARI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899913>

Dr. Caner TAŞATAN*

Öz

Vasiyetname lehine yorum ilkesi, vasiyetnamenin geçerli veya geçersiz olarak nitelendirilmesine sebep olacak muhtemel farklı yorumları arasından birincisinin tercih edilmesi yönündeki kuralı ifade eder. Bu ilke sayesinde iptal edilmesi olası bir vasiyetname yorum yoluyla ayakta tutulmuş ve böylece mirasbırakanın son arzuları yerine getirilmiş olur. Vasiyetnameyi geçerli olarak nitelendiren birden fazla yorum arasından mirasbırakanın amacını en iyi biçimde gerçekleştirecek olanının tercih edilmesi de bu ilke kapsamında değerlendirilir. Vasiyetname lehine yorum ilkesi, bu tür ölüme bağlı tasarrufların yorumlanması bakımından geçerli olarak kabul edilen irade teorisinin doğal bir sonucudur. Vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabilmesi için mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin varlığı, vasiyetnamenin farklı biçimlerde yorumlanabilir olması ve mirasbırakanın gerçek iradesinin belirlenebilir olması koşullarının bir arada bulunması gerekir. Vasiyetname lehine yorum ilkesi, Türk Medeni Kanunu'na hem soyut hem de somut biçimlerde yansımıştır. Sağlararası işlemler bakımından kesin hükümsüzlük sebebi olarak öngörülen bazı durumların vasiyetnameler bakımından yalnızca birer iptal sebebi olarak kabul edilmesi ve iptal kararının yalnızca taraflar arasında hüküm doğurması, bu ilkenin soyut ve genel yansımalarıdır. Bunların dışında, vasiyetname lehine yorum ilkesinin somut ve özel olarak yansıdığı münferit kanun hükümleri de bulunmaktadır. Bu çalışmada vasiyetname lehine yorum ilkesi ve bu ilkenin Türk Medeni Kanunu'na yansımaları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Ölüme bağlı tasarruf, Vasiyetname, Mirasbırakan, Yorum, Vasiyetname lehine yorum

*

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: caner.tasatan@medeniyet.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4090-324X> (Makalenin Geliş Tarihi: 16.12.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 21.12.2020/Makale Kabul Tarihi: 22.01.2021)

THE PRINCIPLE OF FAVOR TESTAMENT AND ITS REFLECTIONS ON TURKISH CIVIL CODE

Abstract

The principle of favor testament refers to the preference of the first among probable various interpretations that are likely to cause testament to be qualified valid or invalid. This principle makes it possible through interpretation to sustain a testament, which is likely to be revoked, resulting in fulfillment of the last wills of the testator. The preference of the interpretation that serves testator's purpose the best among those that qualify the testament valid is also considered within the scope of this principle. The principle of favor testament is a corollary of the will theory that is deemed valid in terms of interpretation of such disposition mortis causa. Implementation of the favor testament requires a combination of several conditions such as that the testator wills to make a testament, the testament has different interpretations, and the actual will of the testator is determinable. The principle of favor testament has both abstract and concrete reflections on Turkish Civil Code. The abstract and concrete reflections of this principle can be listed as that some cases deemed as a cause of nullity in terms of inter-vivos proceedings are considered only a cause of annulment in terms of testaments and the annulment decision is effective between the parties only. Besides, however, the principle of favor testament has also abstract and distinctive reflections on some individual provisions of law. This study comparatively the principle of favor testament and its reflections on Turkish Civil Code.

Keywords

Disposition mortis causa, Testament, Testator, Interpretation, Favor testament

GİRİŞ

İrade açıklaması, bu açıklamayı gerçekleştiren veya onun muhatabı tarafından farklı biçimlerde algılanabilir. Özellikle irade açıklamasında kullanılan söz, yazı veya işaret araçları, eksik, muğlak veya hatalı olabilir yahut bunlar birden fazla anlama gelebilir. Böyle durumlarda irade açıklamasının anlamının veya gerçekte neyi ifade etmek istediğinin belirlenmesine ihtiyaç duyulur. Bu belirleme faaliyeti, yorum olarak adlandırılır. İrade açıklanmasının yorumlanmasına ilişkin olarak, açıklamanın gerçekleştiği ana göre yorum, dürüstlük kuralına uygun yorum veya kanun lehine yorum gibi pek çok ilke vardır. Bunlardan biri olarak “işlem lehine” (*favor negotii*) yorum, özel hukukun temel ilkelerinden biridir. Bu ilke sayesinde hukuki işlemin (veya hukuki işlem benzeri fiilin) anlamının veya gerçekte neyi ifade etmek istediğinin belirlenmesi aşamasında, onun geçerli veya geçersiz olarak nitelendirilmesine sebep olacak muhtemel farklı yorumları arasından birincisi tercih edilir ve böylece geçersizliğine veya iptaline karar verilmesi olası bir işlem hukuken ayakta tutulmuş olur. İşlem lehine yorum ilkesi, borçlar hukukunda “sözleşme lehine” (*favor contractus*) yorum biçiminde geniş bir uygulama alanına sahip olmakla birlikte miras hukuku bakımından özel bir öneme sahiptir. Gerçekten, mirasbırakanın yaşamındaki son arzularının gerçekleştirilmesi, onun ölümüne bağlı tasarruflarının nihayetinde geçerli olarak nitelendirilecek biçimde yorumlanmasına bağlıdır (“*tasarrufun muteberliği lüzumu*”¹). Ancak ölümüne bağlı tasarrufun mirasın açılmasıyla, diğer bir deyişle bizzat tasarrufta bulunan kişinin ölümüyle birlikte hüküm doğuracak olması, artık hayatta olmayan ve bu işlemi yeniden yapamayacak bir kişinin iradesinin araştırılmasını gerektirir ki bu durum, bahsi geçen işlemin yorumunu bir kat daha zorlaştırır².

Ölümüne bağlı tasarrufların yorumlanması bakımından şekli anlamda ölümüne bağlı tasarruf türlerine göre bir ayırım yapmak gerekir³. Bu ayırım

¹ **Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. bs., İstanbul, 1995, s. 172-173.

² **Serozan**, Rona: “Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996, s. 427-428; **Aksoy Dursun**, Sanem: “Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 311.

³ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. bs., İstanbul, 1987, s. 321; **Picenoni**, Vito: Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich, 1955, s. 31 vd.; 90 vd.; **Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011, s. 17 vd.; **Baygın**, Cem: “Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 570.

çerçevesinde “miras sözleşmesi lehine” (*favor pacti successoralis*) yorum, esasen, sözleşme lehine yorumun miras hukukundaki bir görünümünden ibarettir. Burada mirasbırakanın iradesi, onun son arzularını içermesi bakımından oldukça önemlidir ancak sözleşmenin -ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan- diğer tarafının kendisine yöneltilmiş irade açıklamasına karşı olan haklı güveninin korunması (güven ilkesi) dikkate alındığında nispeten sınırlı bir etki taşır. Vasiyetname bakımından ise durum çok farklıdır. Zira tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetnamenin gerçekleşebilmesi, mirasbırakan dışındaki kişilerin irade açıklamasında bulunmasına bağlı değildir. Üstelik vasiyetnameyi oluşturan irade açıklaması, bu işlemin sonucunda hak sahibi olacak (veya yükümlülük altına girecek) kişiye veya kişilere de yöneltilmez. Öyle ki bu kişilerin vasiyetnameden bilgi sahibi olmaları dahi gerekmez. Kısaca, vasiyetnamenin yapıldığı ve hatta hükümlerini doğurduğu aşamada mirasbırakan dışındaki kişilerin önemi bulunmamaktadır. Bu çerçevede mirasbırakanın iradesi, belirtilen hususların doğal bir sonucu olarak, vasiyetnamenin yorumlanmasının merkezini oluşturur. Mirasbırakanın bu iradesinin araştırılması ve açığa çıkarılması, yine işlem lehine yorum ilkesi çerçevesinde ve ölüme bağlı tasarrufun lehine olmak üzere gerçekleştirilir. Buna da “vasiyetname lehine” (*favor testamenti*) yorum denilir.

I. VASİYETNAME LEHİNE YORUM İLKESİNİN TEORİK TEMELİ

A. Mirasbırakanın İradesinin Vasiyetnamedeki Yeri

Vasiyetname, yukarıda da belirtildiği üzere, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Diğer bir deyişle vasiyetname, salt mirasbırakanın irade açıklamasından ibaret bir hukuki işlemdir. Bu işlemin mirasbırakanın arzu ettiği biçimde hüküm doğurabilmesi için onun gerçek iradesinin belirlenmesi ve korunması gerektiği hususlarında tereddüt yoktur. Nitekim vasiyetnameye ilişkin Türk Medeni Kanunu’ndaki düzenlemeler (TMK m. 531 vd.; ZGB Art. 498 vd.) incelendiğinde bu amaca yönelik olarak başlıca iki hususun öne çıktığı görülür:

(i) Mirasbırakan, vasiyetnameyi yaptığı, içeriğini ve kapsamını belirleyip değiştirdiği yahut onu bütünüyle geri aldığı sırada hep tek başınadır. Bu işlemde başka kişilerin iradesi sistematik biçimde dışlanmaktadır⁴. Gerçi

⁴ Sözelimi el yazılı vasiyetnamenin hazırlanmasında farklı kalemlerin kullanılmış olmasının kısmen veya tamamen bir iptal sebebi olarak tartışılması, esasen, farklı kalemin mirasbırakan dışındaki bir üçüncü kişi tarafından kullanılmış olması ihtimalinden kaynaklanır. Vasiyetnamenin hazırlanmasında farklı kalemlerin kullanılması hususuna iliş-

resmi ve sözlü vasiyetnamede ölüme bağlı tasarrufun yapılma sürecine katılan başka kişiler vardır. Ancak bu kişiler, hiçbir durumda, vasiyetnameyi oluşturan yegane iradeye etki etmezler. Aksine bu kişiler, vasiyetname metninde yer alan iradenin bütünüyle mirasbırakana ait olduğunu yalnızca “beyan eden” veya “belgeleyen” birer konumdadırlar. Buna göre vasiyetnamenin hükümlerini doğurabilmesi için mirasbırakanın (vasiyetname yapma) iradesini açıklamış olması gerekli ve yeterlidir⁵. Vasiyetname, mirasbırakan tarafından geri alınmaması (TMK m. 542 vd.; ZGB Art. 509 vd.) durumunda, mirasbırakanın ölümü anından itibaren hüküm doğurur.

(ii) Vasiyetnamenin geçerliliği oldukça sıkı şekil koşullarına bağlanmıştır. El yazılı vasiyetnamenin baştan sona el ile yazılması (TMK m. 538/1; ZGB Art. 505/1), resmi vasiyetnamenin iki tanığın katılımıyla resmi memur tarafından düzenlenmesi ve bunun mirasbırakana okutulmasının veya okunmasının ardından katılanların işleme tanıklık etmesi (TMK m. 532 vd.; ZGB Art. 499 vd.) ve bu iki tür vasiyetnamenin yapılamadığı olağanüstü durumlarda yapılabilen sözlü vasiyetnamenin tanıklar tarafından önce metne geçirilip ardından hakim huzurunda beyan edilmesi (TMK m. 540; ZGB Art. 507), yalnızca bu tasarruflara özgü şekil koşullarıdır. Belirtelim ki kanun koyucunun bu şekil taraftarlığı, sağlığında herhangi bir yükümlülük altına girmeyecek mirasbırakanı yaşlılık, hastalık gibi olası sebeplerden kaynaklanacak ani duygu değişiklikleri karşısında düşünmeye sevk etmesi ve tasarrufun hüküm doğurmaya başladığı anda artık hayatta olmayan bu kişinin iradesini ispat kolaylığı sağlaması ve nihayet ölüme bağlı tasarruf ile proje-

kin kararlar için ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, T. 25.12.2018, E. 2017/12958, K. 2018/13303; Yarg. 3. HD, T. 16.06.2014, E. 2014/9241, K. 2014/9611 (**Lexpera**). Ayrıca, ölüme bağlı tasarrufta bulunma kişiye sıkı surette bağlı bir haktır. Bunun da doğal bir sonucu olarak mirasbırakanın iradesinin yasal veya iradi temsilci aracılığıyla açıklanmış olması mümkün değildir. Bkz. **Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern, 2002, § 8, N. 16-18; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 5. bs., Ankara, 2018, § 4, N. 22 vd.; **Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, 2. bs., Ankara, 2019, N. 199 vd. Belirtelim ki bu durum, diğer şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türü olan miras sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Bkz. **İmre**, Zahir/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2017, s. 61-62. Ölüme bağlı tasarrufta temsil yasağı, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, Alman Medeni Kanunu'nda hem vasiyetname (BGB § 2064) hem de miras sözleşmesi (BGB § 2274) bakımından açıkça düzenlenmektedir.

⁵ Bu iradenin kanunda öngörülen el yazılı, resmi veya sözlü vasiyetname şekillerinden birine uygun olarak açıklanmış olması, vasiyetnamenin yalnızca geçerliliği bakımından değerlendirilmelidir. Zira vasiyetnamenin şekli, yasada bir kurucu unsur olarak kabul edilmemiştir.

sini birbirinden ayırmayı mümkün kılması gibi sebeplerden ötürü anlaşılabilir niteliktedir⁶.

Mirasbırakan tarafından açıklanan ve nihayetinde vasiyetname olarak hüküm doğuracak “irade” (*Wille*), şekle ilişkin hükümler aracılığıyla kanunda özel bir koruma altındadır. Bu korumacı anlayışın temelinde -özünde birbiriyle iç içe geçmiş- üç sebep vardır: Birinci sebep, vasiyetnamenin tek tarafın irade açıklamasından ibaret bir işlem olmasıdır. Vasiyetname yapmak isteyen kişi, bu yöndeki isteğini, yöneltmesi gerekli olmayan irade açıklamasıyla ortaya çıkarır. Ancak tek tarafın irade açıklaması ile gerçekleşebilecek -vakıf kurma, tanıma, sözleşmeden dönme gibi- diğer hukuki işlemlerin, tahvil veya başka hukuki kurumlar yardımıyla ayakta tutulamıyor olsalar dahi, bizzat işlemi gerçekleştiren kişinin yeniden ve bu kez geçerli bir irade açıklamasında bulunmasıyla birlikte hüküm doğurması mümkündür. Oysa vasiyetname bakımından bu imkan -işlemin hüküm doğuracağı andartık kalmaz. İradenin korunmasındaki ikinci sebep ise mirasbırakanın son arzularına duyulan saygıdır⁷. Bu saygının kaynağında ahlaki ve dini düşüncelerin yer aldığı hususunda tereddüt yoktur. Bunun dışında, mirasbırakanın son arzularına hukuk düzeni tarafından saygı duyulmaması ve onların gerektiği ölçüde korunmaması, başta mülkiyet hakkı ve bunun devamlılığı⁸ olmak üzere pek çok temel kavramı anlamsızlaştırır. Zira son arzularına saygı duyulmayacağını bilen kişiler, hukuk güvenliği bilinçlerini yitirirler.

⁶ Bkz. **Ergüne**, s. 23; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 156; **Oğuzman**, s. 108; **Serozan/Engin**, § 4, N. 21; **İmre/Erman**, s. 69. Ancak bu kez de mirasbırakana ait olmakla birlikte vasiyetname bakımından öngörülen şekil içerisinde yer almayan iradenin akıbeti, şekle bağlı diğer işlemlerde olduğu gibi, tartışma zemini oluşturmaya elverişlidir. Bu durumun vasiyetnamenin yorumlanmasına olan etkisi için ayrıca bkz. **Ergüne**, s. 58 vd.

⁷ **Ayan**, Mehmet: *Miras Hukuku*, 9. bs., Ankara, 2016, s. 156. Bu durum, Yargıtay kararlarında “mirasbırakanın/ölenin son arzularına saygı ilkesi” olarak da ifade edilmektedir. “(...) *Başka bir deyimle; olayda şekil eksikliği değil, gereği olmayan bir şekil fazlalığı söz konusudur. Asgari şartlarla gerçekleşen bir işleme vasiyetin özünü zedelemeyen bir takım başka şeklin eklenmesini iptal sebebi saymak, ölenin son arzularına saygı ilkesi ile çelişir.*” Bkz. Yarg. 3. HD T. 11.03.2013 E. 2012/21142 K. 2013/3991. Ancak bu anlayış, mirasbırakanın son arzularının her durumda geçerli olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuramaz. “*Miras hukuku, miras bırakanın iptali mümkün ölüme bağlı tasarruflarında bile onun son arzularına değer vermemiştir. (Medeni Kanun’un Md. 499 ve 500) ölenin son arzularına saygı ilkesi, ancak onun hukuka uygun tasarrufları için söz konusudur. Bu bakımdan miras hukukunda ölenin son isteklerine saygısızlık gibi bir düşünce de kabul edilemez.*” Bkz. Yarg. İBGK T. 01.04.1974 E. 1974/1 K. 1974/2. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK T. 23.01.2020 E. 2017/1-1247 K. 2020/47 (**Kazancı**).

⁸ Bkz. **Druey**, § 2, N. 1 vd.; **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: *Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku*, 15. bs., İstanbul, 2020, N. 2 vd.; **Serozan/Engin**, § 1, N. 7-8.

Bu bilinç yitimi de hukuk düzenini ortadan kaldırır. Üçüncü ve nihayet son sebep ise vasiyetnameyi oluşturan iradenin tespit edilebilmesi, onun, az veya çok bir şekil içerisinde yer almasını zorunlu kılar. Bu şekil, vasiyetnameyi oluşturan iradenin şüpheden olabildiğince uzak biçimde tespit edilmesini ve ortaya çıkarılmasını sağlar. Bir bakıma irade özgürlüğü, irade lehine sınırlanır⁹.

Mirasbırakanın iradesi, ölüme bağlı tasarruf içerisindeki bu doğal ve ayrıcalıklı konumuna bağlı olarak, vasiyetnamenin yorumlanma biçimini de belirler. Gerçekten, karşılıklı irade açıklamalarını gerektiren işlemlerin yorumlanması bakımından üzerinde görüş birliği bulunan güven teorisi, vasiyetnameyi oluşturan irade açıklamasının yöneltildiği bir muhatabın bulunmaması ve mirasbırakan tarafından her zaman serbestçe geri alınabilmesi karşısında, vasiyetnamelerin yorumlanması bakımından uygulanamaz¹⁰. Vasiyetname, mirasbırakanın irade açıklamasından ibaret bir işlem olması yönüyle, irade teorisi çerçevesinde yorumlanır¹¹. Bu durum, vasiyetname ile yapılmaları gerektiği halde miras sözleşmesi içerisinde yer alan mirasçılıktan çıkarma veya vakıf kurma gibi tek taraflı maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar bakımından da geçerlidir¹². Vasiyetnamenin irade teorisi çerçevesinde yorumlanması, mirasbırakanın gerçek iradesinin ortaya çıkarılması amacını taşır. Bu kapsamda vasiyetnameyi oluşturan irade açıklamasında yer

⁹ Belirtelim ki buradaki açıklanan sebepler, kısmen veya tamamen, miras sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Özellikle üçüncü sebep kapsamında, miras sözleşmelerinin de resmi vasiyetname biçiminde yapılması (TMK m. 545/1; ZGB Art. 512/1) aranmış ve böylece yine irade özgürlüğü irade lehine sınırlanmıştır.

¹⁰ Vasiyetnamenin yapılmış olmasının hiç kimse için güven verici bir olgu olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. **Ergüne**, s. 17. Alman hukukunda bkz. **Säcker**, Franz Jürgen/**Rixecker**, Roland/**Oetker**, Hartmut/**Limperg**, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 11, 8. Auflage, München, 2020, MüKo-BGB, § 2084, N. 61; **Palandt**, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München, 2018, Palandt-BGB, § 2084, N. 1.

¹¹ **Escher**, Arnold/**Escher**, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Auflage, Zürich, 1959, Einl. Art. 467 ff., N. 14; **Pictoni**, s. 31 vd.; **Fahrländer**, Karl: Die aussenstehende Tatsache in der bundesgerichtlichen Praxis zur Testamentsauslegung, Bern, 1948, s. 30-31; **Beck**, Alexander: Grundriss des Schweizerischen Erbrechts, 2. Auflage, Bern, 1976, s. 91-92; **Druey**, § 12, N. 5; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 321-322; **İmre/Erman**, s. 115; **Oğuzman**, s. 170; **Dural/Öz**, N. 974; **Serozan**, s. 428; **Serozan/Engin**, § 4, N. 217; **Eren/Yücer Aktürk**, N. 609; **Ayan**, s. 155; **Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, 4. bs., Ankara, 2019, N. 1042; **İşgüzar**, Hasan/**Demir**, Mehmet/**Yılmaz**, Süleyman: Miras Hukuku, Ankara, 2018, s. 54; **Ergüne**, s. 18; **Baygın**, s. 570.

¹² **Ergüne**, s. 20; **Baygın**, s. 571-572; **Serozan**, s. 428.

alan ifadeler, mirasbırakanın bakış açısıyla değerlendirilir. Vasiyetnamede yer alan ve açık (yeterince anlaşılabilir) olmayan ifadeler, açıklayıcı veya -vasiyetname metninde gerekli dayanakların bulunması koşuluyla- tamamlayıcı yorum yöntemleriyle incelenir ve böylece mirasbırakanın gerçek iradesi belirlenmeye çalışılır.

Buraya kadar olan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere vasiyetname, mirasbırakanın vasiyetname yapma yönündeki iradesinin, pek çok sebepten ötürü belirli şekiller içerisinde özel olarak korunduğu ve nihayetinde içerdiği gerçek iradenin belirlenmesine çalışıldığı bir şekli anlamda ölüme bağlı tasarruftur. Bu tasarrufun hukuki bir düzenlemeye sahip olmasının yegane sebebi ise onun salt mirasbırakan tarafından istenmiş olmasıdır¹³. Diğer bir deyişle mirasbırakan, ölümünden sonra birtakım hukuki sonuçların doğmasını istediği için vasiyetname yapmıştır. Böyle bir isteği olmayan mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruf gerçekleştirme cihetine gitmeyeceği açıktır. O halde mirasbırakanın yaptığı vasiyetname ile sözgelimi kanuni mirasçılığa ilişkin hükümlerden ayrılmak istediği veya başka bir takım son arzularının yerine getirilmesini istediği sonucuna kolaylıkla varılır. Bu isteğin yerine getirilebilmesi ise vasiyetnamenin nihayetinde geçerli sayılmasına bağlıdır. Ne var ki mirasbırakanın iradesinin vasiyetnamenin geçerliliği yönünde olması, bu işlemin her durumda geçerli sayılacağını göstermez. Burada, mirasbırakanın iradesine yönelik korumacı anlayışın temelleri imkan verdiği ölçüde bir yorum yapılır. Birden fazla yorum yapılabiliriyorsa bunlar arasından -yine mirasbırakanın iradesi doğrultusunda- vasiyetnameyi geçerli olarak nitelendiren yorum tercih edilir.

B. Kavram Olarak Vasiyetname Lehine Yorum İlkesi

Vasiyetnamenin yorumlanmasına ihtiyaç duyulan durumlarda hakim, eksik, muğlak veya hatalı yahut birden fazla anlama gelebilecek irade açıklamasının gerçekte neyi ifade etmek istediğini araştırır. Bu araştırma sırasında hakim, vasiyetname metnine bağlılık, vasiyetnamenin yapıldığı ana göre yorum veya yasal mirasçılık lehine göre yorum gibi birtakım temel yorum ilkeleri kapsamında hareket eder. Bunlardan biri olarak vasiyetname lehine yorum ilkesi, vasiyetnamenin geçerli veya geçersiz olarak nitelendirilmesine sebep olacak muhtemel farklı yorumları arasından birincisinin tercih edilmesi yönündeki kuralı ifade eder. Bu ilke kapsamında hakim, ihtilaf konusu vasiyetnamenin bütününe veya içeriğindeki maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan birini yahut birkaçını geçerli olarak nitelendirecek

¹³ Ergüne, s. 17.

yorumu tercih eder. Vasiyetname lehine yorum ilkesi sayesinde vasiyetname iptal edilmez. Bunun yerine yorum yoluyla ayakta tutulur ve böylece mirasbırakanın son arzuları -mümkün olduğu ölçüde- yerine getirilir. Vasiyetnamayı geçerli olarak nitelendirecek birden fazla yorum arasından mirasbırakanın amacını en iyi biçimde gerçekleştirecek olanının tercih edilmesi de yine vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında değerlendirilir¹⁴.

Vasiyetname lehine yorum ilkesi, Alman hukuku bakımından BGB içerisinde açıkça düzenlenmektedir¹⁵. Türk Medeni Kanunu'nda ise bu yönde açık bir düzenleme yoktur. Ne var ki vasiyetname lehine yorum ilkesinin Türk (ve İsviçre) hukuku bakımından da geçerli olduğu hususunda öğretide¹⁶ ve yargı uygulamasında¹⁷ görüş birliği bulunmaktadır. Gerçekten hem şekli hem de maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf yapma yönünde mirasbırakana oldukça geniş bir irade özgürlüğü tanıyan Türk Medeni Kanunu'nun vasiyetname lehine yorum ilkesini kabul etmesi, kanun koyucunun "irade lehine" tutarlı bir anlayışı olarak değerlendirilmelidir.

Vasiyetname lehine yorum ilkesi, kanımızca, bu tür tasarrufların yorumlanması bakımından geçerli olan irade teorisinin doğal bir sonucudur.

¹⁴ **Ergüne**, s. 82.

¹⁵ Alman hukukunda "Geçerlilik Lehine Yorum" (*Auslegung zugunsten der Wirksamkeit*) başlıklı BGB § 2084 hükmüne göre, "Bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin farklı biçimlerde yorumlanması mümkün ise, belirsizlik durumunda, bunlar arasından vasiyetnamenin lehine olanı tercih edilir." (*Lässt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.*) Bkz. **Leipold**, MüKo-BGB, § 2084, N. 61 vd.; **Weidlich**, Palandt-BGB, § 2084, N. 13.

¹⁶ Bkz. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Einl. Art. 467 ff, N. 16; **Picenoni**, s. 58-59; **Fahrländer**, s. 30-32; **Beck**, s. 94; **Druey**, § 12, N. 22; **İmre/Erman**, s. 118-119; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 323; **Oğuzman**, s. 172-173; **Dural/Öz**, N. 979; **Serozan**, s. 428-429; **Serozan/Engin**, § 4, N. 219; **Eren/Yücer Aktürk**, N. 619; **Ayan**, s. 156; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 8. bs., Ankara, 2018, s. 101; **Antalya/Sağlam**, N. 1053-1054, 1057; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 54 vd.; **Ergüne**, s. 75; **Baygın**, s. 574 vd.; **Aksoy Dursun**, s. 312 vd.

¹⁷ BGE 98 II, 73; BGE 89 II 363; "Favor Testamenti, yani vasiyetnamenin muteber tutulması kuralı, Türk Medeni Kanununda açıkça belirtilmemekle beraber, gerek doktrinde ve gerek mahkeme içtihatlarında ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında uygulanacak temel kurallardan biri olarak kabul edilmektedir. Bu yorum tarzı, ölüme bağlı tasarrufu imkan olduğu ölçüde geçerli saymaya, onu ayakta tutmaya başka bir ifade ile tasarruf yapanın gerçek iradesini, son isteklerini elden geldiği kadar değerlendirmeye, onu üstün tutmaya, ona saygı ve bağlılık göstermeye yönelmiş bulunmaktadır." Bkz. Yarg. 3. HD T. 22.11.2015 E. 2014/22183 K. 2015/17797. Aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD T. 17.12.2018 E. 2018/7112 K. 2018/12816 (**Kazancı**); Yarg. 8. HD T. 28.10.2014 E. 2014/19290 K. 2014/19466 (**Lexpera**).

Zira irade teorisi, mirasbırakanın gerçek iradesini belirlemeyi amaçlar. Mirasbırakanın gerçek iradesi ise hiç değilse vasiyetnamesinde yer alan son arzularının yerine getirilmesi olsa gerektir. Ölümünden sonrası için birtakım düzenlemeler yapan ve bunu bir biçimde açıklayan kişinin iradesinin bu yönde olduğunda tereddüt edilmemelidir. Mirasbırakanın son arzularının yerine getirilebilmesi ise nihayetinde vasiyetnamenin geçerli olmasına bağlıdır. O halde vasiyetnamenin geçerli veya geçersiz olarak nitelendirilebilecek biçimde yorumlanmasının mümkün olduğu durumlarda iptaline karar verilmesi, kural olarak, isabetli bir sonuç olmayacaktır¹⁸.

Vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabilmesi için şu üç koşulun bir arada bulunması gerekir:

1. Vasiyetname Yapma İradesinin Varlığı

Vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabilmesi için birinci ve temel koşul, mirasbırakanın “vasiyetname yapma iradesinin” (*animus testandi*) varlığıdır. Esasen bu koşul, üzerinde lehe yorum ilkesinin uygulanacağı bir vasiyetname bulunması zorunluluğundan kaynaklanır. Vasiyetname yok hükmünde ise vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanamayacağı hususu açıktır. Bu kapsamda, çocuklarının kendisini hiç arayıp sormadığını günlüğüne veya sosyal medya hesaplarına yazan kişinin bu haliyle bir vasiyetname yaptığı söylenemez¹⁹. Bu halde ilgili irade açıklamalarının maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf olarak hüküm doğurmaları ve vasiyetname lehine yorumlanabilmeleri mümkün değildir.

Vasiyetname lehine yorum ilkesini uygulayacak hakim, öncelikle, önüne gelen ihtilafta “vasiyetnamenin varlığını” resen inceler. Vasiyetnamenin varlığı, bu işlemin kurucu unsurunun bulunmasına, vasiyetname bakımından mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin varlığına bağlıdır²⁰. Vasiyetname yapma iradesinin varlığı, vasiyetnamenin varlığı için gerekli ve yeterlidir. Öyle ki vasiyetnamenin şekil koşullarına uygun olup olmadığı dahi bu aşama bakımından önemsizdir. Zira şekil, vasiyetname bakımından yasada bir kurucu unsur olarak kabul edilmemiştir. Nitekim, vasiyetnamenin

¹⁸ Bu kapsamda, vasiyetname lehine yorum ilkesinin ölüme bağlı tasarrufların yorumu bakımından geçerli olan diğer bütün ilkelerin temeli olduğu kabul edilir. Bkz. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Einl. Art. 467 ff, N. 16.

¹⁹ Ancak burada mirasbırakanın, çocuklarının mirasından hiçbir mal almalarını istemediği yönündeki ifadesi, bu kez bir vasiyetname ve mirasçılıktan çıkarma tasarrufu olarak hüküm doğurabilir. Şekle ilişkin hükümler saklıdır. Kısaca, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirme yapmak gerekir.

²⁰ Bkz. **Benedikt**, Seiler: Die erbrechtliche Ungültigkeit, Zürich, 2017, N. 809.

tenfizi talebi karşısında hakim tarafından yapılacak inceleme de mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin bulunup bulunmadığı hususu ile sınırlıdır. Hakim, önüne gelen ihtilafta mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin varlığını tespit ettiği takdirde -bu işlemi oluşturan metin bütünüyle şekle aykırı olsa veya böyle bir metin bulunmayıp yalnızca mirasbırakana ait bir ses kaydı bulunmuş olsa dahi- vasiyetnamenin tenfizi yönünde karar verir.

Mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin bulunup bulunmadığı yönündeki bir ihtilafta vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılması ve böylece vasiyetnamenin ayakta tutulabilmesi ise mümkün değildir²¹. Diğer bir deyişle vasiyetname lehine yorum ilkesi, mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesini tamamlayıcı bir işlev görmez. Zira bu durum, vasiyetname lehine yorum ilkesinin kaynaklandığı irade teorisine aykırıdır. Şüphe halinde mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin varlığı yönünde karar verilmesi, esasen birer taslaktan veya projeden ibaret metinlerin ölüme bağlı tasarruf olarak hüküm doğurması tehlikesini ortaya çıkarır. Ancak mirasbırakan gerçekte bir vasiyetname yapmak istememiş de olabilir. Bu kapsamda, mirasbırakanın vasiyetname yapmama yönündeki iradesinin de korunması gerekir. Buna göre vasiyetname lehine yorum ilkesi, yalnızca mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin varlığının “kesin biçimde” tespit edilmesi durumunda uygulanabilir.

2. Vasiyetnamenin Farklı Biçimlerde Yorumlanabilir Olması

Vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli ikinci koşul, bu vasiyetnamenin farklı biçimlerde yorumlanabilmesidir²². Vasiyetnamenin başka biçimde yorumlanabilmesi mümkün değilse ve bu yorum vasiyetnameyi geçerli sayıyorsa burada zaten hukuki bir sorun yoktur. Böyle bir durumda vasiyetname, mirasbırakanın iradesi doğrultusunda tenfiz edilir. Ancak mevcut yorumun geçersiz saydığı vasiyetnamenin ayakta tutulabilmesi mümkün değildir²³. Bu durum, vasiyetname lehine yorum ilkesinin, geçersiz vasiyetnamelerin geçerli hale gelmesini sağlayacak genel bir düzeltici işlevi olmadığı biçiminde ifade edilebilir²⁴. Vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabilmesi, farklı biçimlerde yapılan yorumların her ikisinin

²¹ Alman hukukunda bu yönde bkz. **Leipold**, MüKo-BGB, § 2084, N. 76; **Weidlich**, Palandt-BGB, § 2084, N. 15.

²² Bkz. **Leipold**, MüKo-BGB, § 2084, N. 68.

²³ Bu yönde bkz. **Baygın**, s. 572, 574.

²⁴ Bu yönde bkz. **Ergüne**, s. 78-79.

de işlemi vasiyetname olarak sayması gerekmez. Bu kapsamda, irade açıklamasının sağlararası işlem veya vasiyetname olarak yorumlanabildiği durumlarda, bunlar arasından yine geçerli olan yorum tercih edilir²⁵.

3. Mirasbırakanın Gerçek İradesinin Belirlenebilir Olması

Vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabilmesi için gerekli üçüncü ve son koşul, mirasbırakanın gerçek iradesinin “belirlenebilir” (*bestimmbar*) olmasıdır²⁶. Mirasbırakanın gerçek iradesi, vasiyetname içi veya dışı olgular yardımıyla belirli biçimde tespit edilemiyorsa vasiyetname lehine yorum yapılabilmesi ve böylece vasiyetnamenin ayakta tutulabilmesi mümkün değildir. Örneğin, mirasbırakanın, arkadaşı (A)’yı mirasçı olarak atadığı vasiyetnamesinin devamında onun kendisine karşı ağır ve affedilemez bir suç işlediğini belirtmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda vasiyetname içi veya dışı olgular yardımıyla mirasçı olarak atanıp atanmadığı belirsiz olan (A) lehine atanmış mirasçı olduğuna dair belge verilemez. Ancak bu olgular, (A)’nın mirasçı atandığına veya atanmadığına yönelik belirlenebilir bir iradenin varlığına işaret ediyorsa bu yönde karar verilebilir. Mirasbırakanın gerçek iradesinin belirlenmesi, çoğunlukla, vasiyetname ile lehine kazandırmada bulunulan birden fazla kişi arasından hangisinin olduğu ve bu kazandırmanın niteliği ile ilgili sorunlara işaret eder. Bu iki durumu birbirinden ayırarak incelemekte fayda vardır:

Mirasbırakanın vasiyetnamesinde hak sahibini belirlenebilir biçimde ifade etmediği tasarrufların akıbeti tartışmaya açıktır. Gerçekten, vasiyetname yer alan ifadeler birden fazla kişiye uygun düşüyor ancak bunlardan hangisinin lehtar olduğu belirlenemiyor olabilir. İş ortağına 10.000 TL vasiyet eden kişinin birden fazla iş ortağı varsa ve lehtarın kim olduğu vasiyetname içi veya dışı olgular yardımıyla belirlenemiyorsa durum böyledir. Böyle durumlar bakımından öğretide bir görüş²⁷, Alman hukukunda açıkça düzenlenen²⁸ bu durumun örnekseme yoluyla Türk hukuku bakımından da

²⁵ **Ergüne**, s. 83-84; **Leipold**, MüKo-BGB, § 2084, N. 77-78.

²⁶ Bkz. **Leipold**, MüKo-BGB, § 2084, N. 65-67. TMK m. 504/2 (MK m. 451/2) bakımından bu yönde bkz. **Baygn**, s. 575.

²⁷ **Ergüne**, s. 97-98.

²⁸ Alman hukukunda “Birden Fazla Anlama Gelen Kazandırma” (*Mehrdeutige Bezeichnung*) başlıklı BGB § 2073 hükmüne göre, “Mirasbırakan tarafından yapılan kazandırma birden fazla kişiye uygun düşüyor ve bunlardan hangisinin lehtar olması gerektiği belirlenemiyorsa, bu kazandırma bütün ilgililer için eşit olarak geçerlidir.” (*Hat der Erblasser den Bedachten in einer Weise bezeichnet, die auf mehrere Personen passt, und lässt sich nicht ermitteln, wer von ihnen bedacht werden sollte, so gelten sie als zu gleichen Teilen bedacht.*)

uygulanabileceği, buna göre bütün ilgililerin kazandırma üzerinde eşit oranda hak sahibi olacağı yönündedir. Mirasbırakana farazi bir irade izafe eden bu görüş, vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında geçerli olarak kabul edilebilir. Zira kazandırmanın geçersiz sayılması, mirasbırakanın iradesine kesin olarak aykırıdır. Ayrıca bu irade, bütün ilgililerin kazandırma üzerinde eşit hak sahibi olmalarına da aykırı değildir.

Vasiyetnamede yer alan ifadelerin yine birden fazla kişiye uygun düştüğü ancak bunlardan yalnızca birinin lehtar olması gerektiği durumlar ise farklıdır. Bütün malvarlığını arkadaşları (A)'ya veya (B)'ye bıraktığını vasiyet eden kişinin tasarrufu bakımından durum böyledir. Bu ikinci ihtimalde vasiyetname lehine yorum yapılabilmesi, kanımızca, mümkün değildir²⁹. Bu durum, esasen, mirasbırakanın “sosyal amaçlarla” yaptığı vasiyetnameler bakımından tartışılmaktadır. Memleketindeki caminin tamir edilmesi veya bir okulun yapımına katkıda bulunulması için 10.000 TL vasiyet eden kişinin tasarrufu böyledir. Öğretide bir görüş³⁰, böyle durumlarda, lehine kazandırma yapılan kişilerin ikincil planda olmaları dikkate alınarak, vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabileceği ve bütün ilgililerin eşit oranda hak sahibi olabilecekleri yönündedir. Bu görüşe katılma imkanı göremiyoruz. Zira ilgililerin kazandırma üzerinde eşit hak sahibi olmaları, öncelikle mirasbırakanın iradesinin bu yönde olmasına bağlıdır. Mirasbırakanın iradesi bu yönde veya bu irade ilgililerden yalnızca birisinin kazandırma lehtarı olması biçiminde yorumlanabiliyorsa iradenin belirlenebilir olması bakımından bir sorun yoktur. Böyle bir yorum yapılması mümkün değil ise vasiyetnamenin geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır. Gerçi bu durum mirasbırakanın iradesine kesin olarak aykırıdır. Ancak bu halde mirasbırakanın diğer bir kesin iradesi de ilgililerden yalnızca birisinin hak sahibi olmasıdır. Bunun dışında vasiyetname lehine yorum ilkesi, yukarıda da belirtildiği üzere, bu tür geçersiz vasiyetnameleri geçerli hale getirecek genel bir düzeltici yöntem olarak da görülmemelidir.

Mirasbırakan tarafından yapılan maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun niteliği de belirsiz olabilir. Böyle bir durumda, vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında, kazandırma lehtarı lehine tasarrufun tercih edilmesi

²⁹ Bu yönde bkz. **Weimar**, Peter: Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern, 2009, Art. 483, N. 5.

³⁰ **Leipold**, MüKo-BGB, § 2084, N. 74.

gerektiği kabul edilir³¹. Buna göre, terekede yer alan önemli malvarlığı değerlerinin bırakıldığı bir vasiyetnamede, mirasbırakanın kazandırma lehtarını vasiyet alacaklısı olarak belirlemediği, bunun bir mirasçı atama tasarrufu olduğu sonucuna varılmalıdır³². Ancak aynı durum, kazandırmanın miktarı bakımından kabul edilmemektedir. Bu kapsamda, örneğin, banka kasasında yer alan parasını vasiyet eden mirasbırakanın bu tasarrufu, aynı kasada yer alan kıymetli evrakı kapsayacak biçimde yorumlanamaz³³. Diğer bir deyişle vasiyetname lehine yorum ilkesi, kazandırma lehtarının mümkün olan en fazla ekonomik değeri elde etmesi biçiminde anlaşılmaz.

II. VASIYETNAME LEHİNE YORUM İLKESİNİN TÜRK MEDENİ KANUNU'NDAKİ GÖRÜNÜMLERİ

Vasiyetname lehine yorum ilkesinin Türk Medeni Kanunu'nda ve mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenmediğini belirtmiştik. Ancak bu durum, belirtilen ilkenin Türk ve İsviçre hukukları bakımından geçerli olmadığı biçiminde yorumlanamaz. Kaldı ki bu ilkenin kanuna iki farklı türde yansımaları olduğunu da görebiliyoruz:

(i) Vasiyetname lehine yorum, kanunun özünde yer alan bir ilkedir. Bu yönüyle kanuna, soyut ve genel bir biçimde yansımıştır. Gerçekten, sağlararası işlemler bakımından kesin hükümsüzlük sebepleri olarak öngörülen ehliyetsizlik, hukuka ve ahlaka aykırılık ile şekle aykırılık durumlarının, ölüme bağlı tasarruflar bakımından TMK m. 557 vd. (ZGB Art. 519 vd.) hükümleri kapsamında yalnızca birer iptal sebebi olarak öngörülmesi, ölüme bağlı tasarruflar bakımından işlem lehine yorumun ve buna bağlı olarak vasiyetname lehine yorumun kanundaki bütüncül bir ifadesidir³⁴. Zira ölüme bağlı tasarruf bir biçimde geçersiz olsa dahi ilgililerin talebi doğrultusunda iptal edilene kadar ayakta tutulacak ve belirtilen yönde bir talep de olmadığı

³¹ **Ergüne**, s. 83. Burada, ilgilinin mirasçı olarak atanıp atanmadığı hususundaki belirsizlikten farklı bir durum söz konusudur. Zira ilginin kazandırma lehtarı olduğu, bu tasarrufun niteliğinin onun için elverişli olup olmadığı dikkate alınmaksızın, kesindir. O halde bu tasarrufun mirasbırakanın iradesine aykırı biçimde geçersizliğine karar verilmesi mümkün olmamalıdır. Bu tasarrufun daha elverişli olanının tercih edilmesi ise esasen bir varsayımdır. Ancak bu varsayımın “kazandırma lehtarı lehine” tasarruf olması, ölüme bağlı tasarrufu gerçekleştiren kişi bakımından daha olasıdır.

³² Benzer şekilde, tasarrufun koşula mı yoksa yüklemeye mi bağlı olduğu şüpheli ise yüklemenin, geciktirici koşula mı bozucu koşula mı bağlı olduğu şüpheli ise bozucu koşulun tercih edilmesi gerekir. Bkz. **Ergüne**, s. 126-128.

³³ **Ergüne**, s. 83.

³⁴ **Ergüne**, s. 78; **Serozan/Engin**, § 4, N. 28. Bkz. ve karşı. **Eren/Yücer Aktürk**, N. 696.

takdirde hüküm doğurmaya devam edecektir. Bununla birlikte, mahkeme tarafından verilen iptal kararının bütün ilgililer yerine yalnızca davanın tarafları arasında hüküm doğurması³⁵ yine vasiyetname lehine yorum ilkesinin soyut ve genel bir yansıması olarak değerlendirilmelidir.

(ii) Vasiyetname lehine yorum, kanunun sözü bakımından münferit hükümlerde de yer almaktadır. Bu yönüyle de kanuna somut ve özel biçimlerde yansımıştır. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında, vasiyetname lehine yorum ilkesini sözü itibarıyla içeren her bir hüküm ayrıca incelenecektir.

A. Kişinin veya Şeyin Belirtilmesinde Açık Yanılma (TMK m. 504/2)

Yanılma, kural olarak, borçlar hukukunun inceleme alanındadır. Nitekim TBK m. 30 (OR Art. 23) vd. hükümleri bu duruma ilişkindir. Kanundaki yanılma hükümleri, açıklamada yanılma ve saikte yanılma olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan açıklamada yanılma, irade ve açıklama arasındaki uyumsuzluğu ifade eder. Böyle durumlarda açıklama sahibinin, iradesini gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklaması veya sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiye dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklaması “kişide yanılma”; istediğinden başka bir konu için iradesini açıklaması “(konuda) şeyde yanılma” olarak tanımlanır. Saikte yanılma ise iradenin oluşumundaki yanılmayı ifade eder. Kişide veya şeyde yanılma türündeki açıklamada yanılma hali ile saikte yanılma, miras hukuku bakımından özel bir önem taşır.

Vasiyetname lehine yorum ilkesinin kanundaki başlıca somut ve özel görünümü, mirasbırakanın kişinin veya şeyin belirtilmesinde “açık” yanılmasına ilişkin düzenlemedir³⁶. Gerçekten, TMK m. 504/2 (ZGB Art. 469/3) hükmüne göre, “*Ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma hâlinde mirasbırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebilirse, tasarruf bu arzuya göre düzeltilir.*” Bu hüküm sayesinde vasiyet-

³⁵ **Druey**, § 12, N. 57; **Benedikt**, N. 168 vd.; **İmre/Erman**, s. 226; **Ayan**, s. 171.

³⁶ **Serozan**, s. 429. İsviçre hukukunda OR Art. 496/3 hükmünün çok sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu, öyle ki bu hükmeye ilişkin yalnızca bir mahkeme kararı (BGE 124 III 414) bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Breitschmid**, Peter/**Jungo**, Alexandra (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2016, Art. 469, N. 25. Bu tespitin, yine oldukça sınırlı bir uygulama alanına sahip olan TMK m. 504/2 hükmü dikkate alındığında, Türk hukuku bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

name³⁷, mirasbırakanın yanılması sebebiyle iptal edilmemekte, aksine, onun gerçek iradesi doğrultusunda “düzeltilecek” ayakta tutulmaktadır³⁸. Belirtelim ki vasiyetnamenin düzeltilmesi, iradenin vasiyetnamenin şekli içerisinde yer almasına veya en azından orada ima edilmiş olmasına bağlıdır. Vasiyetnamede yer almayan ve ima dahi edilmeyen bir ölüme bağlı tasarrufun, mirasbırakanın gerçek iradesi olarak tenfiz edilmesi mümkün değildir³⁹. TMK m. 504/2 hükmünün uygulanabilmesi, aynı zamanda yukarıda lehe yorum ilkesinin uygulanabilmesi için genel bir koşul olarak da belirtildiği üzere, mirasbırakanın gerçek iradesinin kesin olarak belirlenebilmesine bağlıdır⁴⁰. Gerçek iradenin tahmin veya varsayım yoluyla belirlenebilmesi mümkün değildir⁴¹.

1. Kişide veya Şeyde Yanılma

Mirasbırakanın kişide veya şeyde yanılması durumunda iradesi gerçeğe uygun olarak düzeltilir⁴². Örneğin, mirasbırakanın tüm malvarlığını yeğeni (A)’ya bıraktığı yönündeki iradesi, gerçekte (B) isminde tek bir yeğeni var ise buna göre düzeltilir. Benzer biçimde, mirasbırakanın annesinden yadigar kalan yüzüğü kızına bıraktığı yönündeki iradesi, gerçekte ortada bir yüzük

³⁷ Belirtelim ki bu hüküm, miras sözleşmeleri bakımından da uygulanabilir. Bkz. **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C. 1, İstanbul, 2018, m. 504, N. 314. Ayrıca bkz. **Abt**, CHK-ZGB, Art. 469, N. 23.

³⁸ **İmre/Eman**, s. 222-223; **Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966, s. 39. Bu yönüyle hüküm, “yanlış nitelendirme zarar verme” (*falsa demonstratio non nocet*) ilkesinin miras hukukundaki bir görünümüdür. Ayrıca bkz. **Benedikt**, N. 558; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas (Hrsg.): Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB (Basler Kommentar), 5. Auflage, Basel, 2014, Art. 469, N. 8.

³⁹ **Benedikt**, N. 560; **Abt**, CHK-ZGB, Art. 469, N. 24; “*Vasiyet edilen taşınmazlara ilişkin olarak, vasiyetnamenin 1. ve 2. maddelerinde yazılı tapu kayıtlarının aynı taşınmaza ilişkin olduğu, vasiyetnameye göre toplamda iki adet taşınmazın davacılar vasiyet edildiği ve mirasbırakanın tapuda maliki bulunduğu 624 ada 109 parselde mevcut 7 nolu bağımsız bölüm ve eklentisinin ise, vasiyetnameye konu edilmediği anlaşılmasına karşılık mahkemece, vasiyetçinin gerçek arzu ve iradesinin maliki olduğu üç taşınmazını da davacılar vasiyet etmek olduğu, ancak vasiyetin düzenlenmesi sırasında hata yapıldığı, düzenlenen vasiyetnamenin murisin gerçek iradesini yansıtmadığı gerekçesiyle, vasiyetnamede belirtilmeyen 624 ada 109 parselde mevcut 7 nolu bağımsız bölümünde tenfizine yönelik karar verilmesi doğru görülmemiştir*” Bkz. Yarg. 3. HD T. 18.12.2013 E. 2013/18363 K. 2013/18151 (**Lexpera**). Karş. **Çabri**, C. 1, m. 504, N. 315.

⁴⁰ **Benedikt**, N. 558.

⁴¹ **Weimar**, BK-ZGB, Art. 469, N. 35.

⁴² **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 323-324; **İmre/Erman**, s. 119; **Dural/Öz**, N. 981; **Eren/Yücer Aktürk**, N. 619; **Ayan**, s. 164; **Ergüne**, s. 278 vd.; **Baygın**, s. 575.

yok ancak bilezik var ise buna göre düzeltilir. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda vasiyetnamede yer alan “122 ada 44 parsel” ve “14 ada 29 parsel” olarak ifade edilen taşınmaz bilgileri, mirasbırakanın başka malvarlığının bulunmaması ve tapuda yer alan malik bilgileri ile diğer bilgilerin vasiyetnamedekilerle eşleşmesi karşısında, sırasıyla “128 ada 44 parsel” ve “140 ada 29 parsel” olarak düzeltilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir⁴³.

Kişide veya şeyde yanılma dışındaki yanılma hallerinde TMK m. 504/2 (ZGB Art. 469/3) hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Gerçi hükmün ifadesi, tasarrufun düzeltilmesini kişide veya şeyde yanılma durumları ile sınırlandırır gözükmektedir. Ne var ki hükmün bu kez karşıt anlamından (*argumentum a contrario*) yola çıkıldığı takdirde kişi veya şey dışındaki yanılmaların düzeltilmesinin yasaklandığı sonucuna ulaşmanın mümkün olmadığı görülür⁴⁴. Bu kapsamda, özellikle şeyin miktarına ilişkin yanılma düzeltililebilir. Örneğin, arkadaşı (A)'ya 10.000 TL vasiyet etmek isteyen kişinin vasiyetnamesinde bu miktarı 100.000 TL olarak belirtmesi durumunda ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın gerçek iradesi doğrultusunda düzeltililebilir⁴⁵.

2. Açık Yanılma Hali ve Bunun Saikte Yanılma ile Karşılaştırılması

Vasiyetnamenin düzeltililebilmesi, TMK m. 504/2 (ZGB Art. 469/3) hükmüne göre, mirasbırakanın “açık yanılma” (*offenbarer Irrtum*) halinde olmasına bağlıdır. Ancak hükümde yer alan açık yanılma ifadesinin bağımsız bir anlamı olmadığı, özellikle bu yanılmanın herkes tarafından bilinebilir nitelikte olmasının gerekmediği kabul edilmektedir⁴⁶. Vasiyetnamenin mirasbırakanın iradesinden ibaret bir metin olması karşısında yanılmanın “esaslı” (*wesentlich*) olmasına da gerek bulunmamaktadır. Ancak hükümde ifade edilen açık yanılmanın, salt “açıklamada yanılma” (*Äusserungsirrtum*) haline mi özgü olduğu, diğer bir deyişle “saikte yanılma” (*Motivirrtum*)

⁴³ Yarg. 3. HD T. 17.12.2018 E. 2018/7112 K. 2018/12816. Benzer şekilde, “655” olarak yazan parsel numarasının “555” olarak değerlendirilmesinde isabetsizlik olmadığı yönünde bkz. Yarg. 3. HD T. 18.05.2016 E. 2015/15137 K. 2016/7741 (**Lexpera**).

⁴⁴ Nitekim İsviçre hukukunda hakim görüş bu yöndedir. Bkz. **Picenoni**, s. 76; **Weimar**, BK-ZGB, Art. 469, N. 38; **Breitschmid**, BSK-ZGB, Art. 469, N. 9; **Abt**, CHK-ZGB, Art. 469, N. 24; **Benedikt**, N. 562. Karş. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Art. 469, N. 27; **Eren**, s. 40; **Baygin**, s. 575; BGE 72 II 225 (E. 2); BGE 70 II 7 (13-14).

⁴⁵ Benzer örnek için bkz. **Abt**, CHK-ZGB, Art. 469, N. 24.

⁴⁶ **Weimar**, BK-ZGB, Art. 469, N. 35.

halini kapsayıp kapsamadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş⁴⁷, hükmün açıklamada yanılma haline özgü olduğu yönündedir. Buna karşın diğer görüş⁴⁸, TBK m. 504/2 hükmünün açıklamada yanılma hali ile sınırlandırılmasının hükmün amacına aykırı sonuç doğuracağı yönündedir.

Kanımızca, İsviçre öğretisinde hakim olan ve Türk öğretisinde de savunulmakta olan, birinci görüşü üstün tutmak gerekir. Zira saikte yanılma, yukarıda lehe yorum ilkesinin uygulanabilmesi için genel bir koşul olarak da belirtildiği üzere, mirasbırakanın gerçek iradesinin kesin olarak belirlenebilmesine engel olur⁴⁹. Böyle bir durumda vasiyetname, TMK m. 504/1 (ZGB Art. 496/2) hükmü çerçevesinde onanmış sayıldığı veya doğrudan onandığı durumlar dışında, yalnızca iptal edilebilir. Bu hususu bir örnek üzerinden açıklamak isabetli olur: Mirasbırakan, kızını denizde boğulmaktan kurtaran kişinin (A) olduğunu düşünerek ona bir miktar para vasiyet etmiş ancak kızı gerçekte (B) tarafından kurtarılmış olsun⁵⁰. Bu halde vasiyetin (B) lehine düzeltilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak mirasbırakanın iradesinin bu yönde bir kesinlik taşıdığı söylenemez. Mirasbırakanın kızının (B) tarafından kurtarılmış olduğu durumlarda böyle bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmayacağı söylenebilir. Bununla birlikte, mirasbırakanın, (B)'nin ismini (A) zannetmesi sebebiyle vasiyetnamesinde bu ismi kullanması veya orada yalnızca "kızımı kurtaran kişiye" yönünde bir açıklamada bulunmuş olması, vasiyetnamenin düzeltilmesi veya tamamlanması için bu kez yeterli olacaktır⁵¹.

B. Mirasçılıktan Cezai Çıkarma Sebebinin Varlığının İspat Edilememesi veya Bu Sebebin Vasiyetnamede Belirtilmemesi (TMK m. 512/3)

Türk ve İsviçre hukukları bakımından ölenin bazı yakınlarına, aralarındaki aile bağı dikkate alınarak, saklı pay olarak adlandırılan mirasçı olma hakkı bırakılmıştır. Mirasbırakan, mirasçılarının saklı payı üzerinde ölüme

⁴⁷ İsviçre hukukunda hakim görüş bu yöndedir. Bkz. **Weimar**, BK-ZGB, Art. 469, N. 34, 36; **Breitschmid**, BSK-ZGB, Art. 469, N. 8; **Abt**, CHK-ZGB, Art. 469, N. 24; **Kren Kostkiewicz**, Jolanta/**Wolf**, Stephan/**Amstutz**, Marc/**Fankhauser**, Roland (Hrsg.): ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016, Art. 469, N. 9; **Benedikt**, N. 559; **Druey**, § 12, N. 32. Türk hukukunda bu yönde bkz. **Eren**, s. 40; **Çabri**, C. 1, m. 504, N. 313.

⁴⁸ **Serozan**, s. 430; **Serozan/Engin**, § 4, N. 221; **Ergüne**, s. 283-284; **Baygın**, s. 577-578.

⁴⁹ **Weimar**, BK-ZGB, Art. 469, N. 36. Bu yönde bkz. **Ergüne**, s. 272-273 ancak karşı. s. 283 vd.

⁵⁰ Benzer örnekler için bkz. **Eren**, s. 40.

⁵¹ Bkz. **Weimar**, BK-ZGB, Art. 469, N. 37.

bağlı tasarrufta bulunamaz. Ancak bu kişiler arasındaki aile bağının zayıflaması, saklı payın getirilmesindeki amacın ortadan kalktığını gösterir⁵². Böyle durumlar bakımından mirasbırakana, saklı paylı mirasçılarını mirasından uzaklaştırma hakkı tanınmıştır. Bu çerçevede, mirasçılıktan cezai çıkarma, saklı paylı mirasçının, kanunda öngörülen sebeplerden en az birinin varlığı halinde, mirasbırakanın tek taraflı irade açıklaması sonucunda saklı payını da kapsayacak şekilde mirastan uzaklaştırılmasını ifade eder⁵³. Mirasçılıktan çıkarma, TMK m. 510/1 (ZGB Art. 477/1) hükmünün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bir ölüme bağlı tasarruf aracılığıyla gerçekleşir. Bu tasarruf, kural olarak, tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetname aracılığıyla gerçekleşir. Ancak bunun iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesi aracılığıyla gerçekleşmesi de mümkündür. Ne var ki bu ikinci durumda dahi çıkarma tasarrufu, miras sözleşmesinin bağlayıcı içeriğinde yer almaz ve yine tek taraflı bir hukuki işlem olan vasiyetname aracılığıyla gerçekleşmiş gibi ele alınır⁵⁴. Bu kapsamda, mirasçılıktan cezai çıkarma tasarrufunun da vasiyetnamenin yorumlanmasına ilişkin genel ilkelere ve bunlar arasından vasiyetname lehine yorum ilkesine göre yorumlanması gerektiği kendiliğinden anlaşılır. Bu kapsamda, örneğin, mirasbırakanın oğlu (A)'yı mirasçılıktan çıkarma yönündeki iradesi, gerçekte tek oğlu var ve bunun adı (B) ise, yukarıda açıklanan TMK m. 504/2 (ZGB Art. 469/3) hükmü doğrultusunda düzeltilir ve böylece (B) mirasçılıktan çıkarılır.

Vasiyetname lehine yorum ilkesinin mirasçılıktan çıkarma tasarrufuna yansması bununla da sınırı değildir. Gerçekten mirasçılıktan çıkarma, kural olarak, kanunda öngörülen sebeplerden en az birinin varlığına bağlıdır. Mirasçılıktan çıkarılan, çıkarma tasarrufunun gerçekleştiği ölüme bağlı tasarrufa ilişkin genel iptal sebeplerini veya mirasbırakanın çıkarma sebebinde açık bir yanılmaya düşmüş olmasını ileri sürerek, tasarrufun iptalini talep edebilir⁵⁵. Ancak mirasçılıktan çıkarma sebebinin varlığının (iptal davasının davalıları olan) mirasçılar tarafından ispat edilememesi veya bu sebebin

⁵² Kocayusufpaşaoğlu, s. 306.

⁵³ Bkz. ve karşı. Kocayusufpaşaoğlu, s. 306; İmre/Erman, s. 246; Dural/Öz, N. 917; Eren/Yücer Aktürk, N. 584-585; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 94-95; Çabri, C. 1, m. 510, N. 426-427; Yağcı, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), İstanbul, 2013, s. 11 vd.; Gönen, Doruk: "Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkmaya Tabi Kişilerin Kapsamı", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, s. 327-340, s. 328-329.

⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 307; İmre/Erman, s. 251-252; Dural/Öz, N. 918; Gönen, Cezai, s. 331-332.

⁵⁵ Dural/Öz, N. 949-951.

vasiyetnamede belirtilmemiş olması da mümkündür. Vasiyetname lehine yorum ilkesinin mirasçılıktan çıkarma kurumuna asıl yansımaları da burada görülmektedir: TMK m. 512/3 (ZGB Art. 479/3) hükmünün ilk kısmına göre, “*Sebebin varlığı ispat edilememiş veya çıkarma sebebi tasarrufta belirtilmemişse tasarruf, mirasçının saklı payı dışında yerine getirilir (...).*” Görüldüğü gibi TMK m. 512/3 hükmü, mirasçılıktan çıkarılanı, çıkarma sebebinin varlığı ispat edilemediği veya bu sebep vasiyetnamede belirtilmediği takdirde, saklı pay dışındaki miras hakkından mahrum etmektedir⁵⁶. Burada ölüme bağlı tasarruf, mirasçılıktan çıkarılanın itirazı üzerine görülen iptal davasında, varlığı ispat edilemeyen veya vasiyetnamede belirtilmeyen sebepten ötürü geçersiz kılınmayıp⁵⁷, aksine, “kanun gereği “ (*ipso iure*) geçerli bir işleme dönüşmektedir. Böyle bir durumda iptal davası, tenkis davası olarak görülmeye devam edilir⁵⁸. TMK m. 512/3 hükmünün temelinde, mirasbırakanın, mirasçılıktan çıkardığı kişinin en azından saklı payı ile yetinmesini istemeye yönelik bir farazi iradeye sahip olduğu düşüncesinin yer aldığı belirtilmektedir⁵⁹. Bu düşünce, irade teorisinin ve vasiyetname lehine yorum ilkesinin sonucudur.

Mirasçılıktan çıkarılanın affedilmesinin ölüme bağlı tasarrufa etkisi, bu duruma ilişkin -mirastan yoksunluk bakımından öngörülen TMK m. 578/2 (ZGB Art. 540/2) benzeri- açık bir hüküm bulunmamasından ötürü tartış-

⁵⁶ Bu hükmün, mirasbırakanın farazi iradesine dayanan bir yasal tahvil (*Konversion*) örneği olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Weimar, 479, N. 9; **Ergüne**, s. 258.

⁵⁷ **Yağcı**, s. 421-422; **Serozan/Engin**, § 4, N. 190; **Kılıçoğlu**, s. 179. “*Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından, mirasçılıktan çıkarma (iskat) sebeplerinin varlığı, davalılar (iskattan yararlananlar) tarafından kanıtlanamamıştır. Bu durumda mahkemece, TMK’nun 512/3. maddesi uyarınca mirasçılıktan çıkarmaya yönelik ölüme bağlı tasarrufun, davacı mirasçının saklı payları dışında (mirasbırakanın tasarruf nisabı oranında) yerine getirileceği, başka bir ifade ile davacının saklı payını isteyebileceği düşünülmeyen vasiyetnamenin tümünden iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.*” Bkz. Yarg. 14. HD T. 31.03.2015 E. 2015/5400 K. 2015/3549 (**Lexpera**). Ayrıca bkz. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Art. 479, N. 3, 5; **Çabri**, C. 1, m. 512, N. 483.

⁵⁸ **Oğuzman**, s. 215. “*Mirasbırakan vasiyetnamesinde mirasçılıktan çıkarma sebeplerini göstermiş, davalılar, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, mirasçılıktan çıkarma sebeplerinin doğruluğunu kanıtlayamamışlardır. Bu durumda TMK’nun 512/3. maddesi gereğince mirastan iskatin mirasbırakanın tasarruf nisabı oranında geçerli olacağı başka bir ifade ile davacıların saklı paylarını isteyebileceği açıktır. Davaya tenkis davası olarak devam edilmelidir.*” Bkz. Yarg. 3. HD T. 30.03.2017 E. 2015/14678 K. 2017/4307 (**Lexpera**).

⁵⁹ **Weimar**, BK-ZGB, 479, N. 9; **Ergüne**, s. 258-259. Karş. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Art. 479, N. 2-3. Ayrıca bkz. **Wildisen**, CHK-ZGB, Art. 479, N. 4; **Bürgi**, OFK-ZGB, Art. 479, N. 4.

malıdır⁶⁰. Bu tartışma kapsamında öğretilen ileri sürülen ve kanımızca da üstün tutulması gerekli olan görüş⁶¹, mirasbırakanın affının, mirasçılıktan çıkarma tasarrufunu kendiliğinden geçersiz hale getirmeyeceği yönündedir. Bu görüşün temelinde, biraz önce belirtilen hüküm benzeri bir düzenleme eksikliğinin yanı sıra yine mirasbırakanın farazi iradesinin yer aldığı söylenebilir. Gerçekten, mirasçılıktan çıkarma için ölüme bağlı tasarrufta bulunan mirasbırakanın, bu affından sonra yeniden bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmamış olması, mirasçılıktan çıkardığı kişinin en azından saklı payı ile yetinmesini istemeye yönelik bir iradeye sahip olduğu biçiminde yorumlanmaya daha elverişlidir. Gerçi mirasbırakanın affı, mirasçılıktan çıkarma sebebinin artık ortadan kalktığını gösterir. Ancak burada, TMK m. 512/3 hükmü kapsamında çıkarma tasarrufu yine ayakta tutulacaktır. Böyle bir durumda mirasçılıktan çıkarılanın, açacağı tenkis davası ile yalnızca saklı payını alma imkanı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir⁶².

C. Ölüme Bağlı Tasarruflara Getirilen Koşullar ve Yüklemeler (TMK m. 515/2-3)

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunu koşullara veya yüklemelere bağlayabileceği, TMK m. 515/1 (ZGB Art. 482/1) hükmünün ilk cümlesinde açıkça düzenlenmektedir. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan her biri koşula veya yüklemeye bağlanabilir⁶³. Ancak ölüme bağlı tasarrufun bağlanabileceği koşullar veya yüklemeler bakımından iki sınırlama söz konusudur:

(i) TMK m. 515/2 (ZGB Art. 482/2) hükmüne göre, “*Hukuka veya ahlâka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin buldukları tasarrufu geçersiz kılar.*” Sağlararası işlemler bakımından öngörülen TBK m. 176 (OR Art. 157) hükmü ile benzer nitelikteki bu hüküm kapsamında koşulun veya yüklemenin hukuka veya ahlaka aykırı⁶⁴ nitelik taşıdığı durumlarda hem koşul

⁶⁰ Mirastan çıkarılanın affedilmesini düzenleyen, mirastan yoksunluk bakımından öngörülen TMK m. 578/2 (ZGB Art. 540/2) benzeri bir hükmün bulunmamasından kaynaklı bu tartışma için bkz. **Dural/Öz**, N. 961-962; **Çabri**, C. 1, m. 510, N. 454.

⁶¹ **İmre/Erman**, s. 253-254; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 317-318; **Dural/Öz**, N. 962; **Çabri**, C. 1, m. 510, N. 455; **Yağcı**, s. 388. Bu tartışma kapsamında ileri sürülen diğer görüşler için ayrıca bkz. **Yağcı**, s. 378 vd.

⁶² Bu yönde bkz. **Weimar**, BK-ZGB, Art. 479, N. 10; **Çabri**, C. 1, m. 510, N. 456.

⁶³ **Stahelin**, BSK-ZGB, Art. 482, N. 1; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 272 vd.; **Oğuzman**, s. 145; **Dural/Öz**, N. 727.

⁶⁴ Öğretilen hukuka veya ahlaka aykırılık ayrımının esasen belirsiz olduğu ancak her iki duruma da aynı yaptırımın bağlanması karşısında bunun pratik bir önemi olmadığı, kanımızca da haklı olarak, ifade edilmektedir. Bkz. **Benedikt**, N. 662.

veya yükleme hem de bunların bağlı olduğu maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf geçersizdir⁶⁵. Hükümde yer alan “geçersiz” ifadesinin niteliği tartışmalıdır. Öğretide bir görüş⁶⁶, ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğine ilişkin genel kural niteliğindeki TMK m. 577 hükmü doğrultusunda bu yaptırımın yine iptal edilebilirlik olduğu yönündedir. Buna karşın diğer görüş⁶⁷, hukuka veya ahlaka aykırılığın temelinde kamu düzenini ilgilendirmesi karşısında bu yaptırımın kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Her iki görüş bakımından ortak olan husus ise mirasbırakanın hukuka veya ahlaka aykırı koşul veya yükleme olmaksızın da ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği anlaşılıyorsa, vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında, yalnızca koşulun veya yüklemenin geçersiz olduğu sonucuna varılır⁶⁸.

Hukuka veya ahlaka aykırı nitelik taşımayan koşulun veya yüklemenin -sağlararası işlemlerden farklı olarak- salt hukuka veya ahlaka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesini teşvik etme amacıyla getirilmiş olması, lehe yorum ilkesi kapsamında ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği sonucunu doğurmaz⁶⁹. Hukuka veya ahlaka aykırı koşula veya yüklemeye bağlı olmayan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, diğer tasarrufların geçersizliğinden bağımsız olarak, hüküm doğurmaya devam eder⁷⁰.

(ii) TMK m. 515/3 (ZGB Art. 482/3) hükmüne göre, “Anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır.” Hükümde yer alan “anlamsız” (*unsinnig*) ve “rahatsız edici” (*lästig*) nitelikleri birbirinden ayrılabilir⁷¹. Anlamsızlık, esas itibarıyla, ölüme bağlı

⁶⁵ **Stahelin**, BSK-ZGB, Art. 482, N. 33; **Sirmen**, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s. 124; **Yıldırım**, Abdülkerim: Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Ankara, 2004, s. 74.

⁶⁶ **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Art. 482, N. 30; **Hrubesch-Millauer**, CHK-ZGB, Art. 482, N. 13; **İmre/Erman**, s. 138; **Serozan/Engin**, § 4, N. 72, 163; **Eren**, s. 47-48; **Sirmen**, s. 124. Kanunun sistematigi bakımından buradaki yaptırımın iptal edilebilirlik olduğu yönünde bkz. Bkz. **Dural/Öz**, N. 734.

⁶⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 274-275.

⁶⁸ Bu yönde bkz. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Art. 482, N. 30; **Studhalter**, OFK-ZGB, Art. 482, N. 15; **Benedikt**, N. 661; **Serozan/Engin**, § 4, N. 162; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 274; **Dural/Öz**, N. 733; **Çabri**, C. 1, m. 515, N. 542. Hukuka veya ahlaka aykırı nitelik taşıyan koşulun başlıca örneğini evlenmeye ilişkin (evlenme, evlenmeme veya dul kalma) koşulları oluşturur. Bu gibi koşullar, kural olarak, geciktirici niteliktedir. Türk ve İsviçre hukukları bakımından bu koşulların geçersiz olduğu, buna karşın ölüme bağlı tasarrufun geçerli olarak hüküm doğuracağı kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 275 vd.

⁶⁹ **Weimar**, BK-ZGB, Art. 482, N. 77.

⁷⁰ **Oğuzman**, s. 147; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 275.

⁷¹ Bu ayrıma ilişkin olarak bkz. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Art. 482, N. 36; **Sirmen**, s. 125-127; **Yıldırım**, s. 79-80. Ayrıca bkz. **Weimar**, BK-ZGB, Art. 482, N. 112-113.

tasarruf ile bağlandığı koşul veya yükleme arasındaki mantıksızlığı veya çelişkiyi ifade eder. Kişinin resim koleksiyonunun yanması durumunda her pazar günü halka açık olarak sergilenmesini vasiyet etmesi böyledir⁷². Rahatsız edicilik ise koşulun veya yüklemenin yerine getirilmesinin kimseye bir yarar sağlamamasını, aksine onu yerine getirecek kişiyi veya başkalarını yalnızca rahatsız etmesini ifade eder. Kişinin elbiseleri ile yatması⁷³, haftada bir gün başına huni takarak dolaşması⁷⁴ veya evinin yakınında havlayan bir köpek bulundurması⁷⁵ koşuluyla mirasçı atanması böyledir. TMK m. 515/3 hükmü, hem anlamsız hem de başkalarını rahatsız edici nitelikteki koşulları ve yüklemeleri yok sayarak ölüme bağlı tasarrufu bunlar olmaksızın geçerli kabul etmektedir⁷⁶. Vasiyetname lehine yorum ilkesinin yine somut ve özel bir görünümü olan bu hükmün varlığı, belirtilen niteliklerdeki koşula veya yüklemeye bağlı tasarrufların geçerliliği üzerindeki olası tartışmaları sonlandırmıştır. Zira anlamsız koşul veya yükleme, sağlararası işlemlerde olduğu gibi, mirasbırakanın iradesinin belirlenmesini imkansız kılması yönüyle, ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği sonucunu doğurmaya elverişliydi⁷⁷. Benzer biçimde, rahatsız edici koşul veya yükleme, çoğu kez, kişilik hakkına aykırılığı yönüyle ve buna bağlı olarak hukuka aykırılığı sebebiyle yine ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği sonucunu doğurabilirdi⁷⁸. Anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici koşullar veya yüklemeler, iptal davası açılmaksızın, kanun gereği yok hükmündedir⁷⁹.

D. Tasarrufu Yerine Getirme Yükümlüsünün Mirasçılık veya Vasiyet Alacaklısı Sıfatının Olmaması (TMK m. 519/2)

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biri olarak vasiyet, TMK m. 600/1 (ZGB Art. 562/1) hükmünün ifadesinden anlaşılacağı üzere, lehine

⁷² Escher/Escher, ZK-ZGB, Art. 482, N. 36.

⁷³ Oğuzman, s. 149

⁷⁴ Dural/Öz, N. 746.

⁷⁵ Sirmen, s. 126-127.

⁷⁶ Hrubesch-Millauer, CHK-ZGB, Art. 482, N. 16; Studhalter, OFK-ZGB, Art. 482, N. 21; Ergüne, s. 136; İmre/Erman, s. 139; Oğuzman, s. 149; Kocayusufpaşaoğlu, s. 280; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 64; Kılıçoğlu, s. 142; Eren, s. 64; Yıldırım, s. 80-81, 119; Baygın, s. 581-582; Aksoy Dursun, s. 314.

⁷⁷ Bu yönde bkz. Sirmen, s. 125-126.

⁷⁸ Bkz. ve karşı. Weimar, BK-ZGB, Art. 482, N. 113.

⁷⁹ Hrubesch-Millauer, CHK-ZGB, Art. 482, N. 16; Çabri, C. 1, m. 515, N. 552, 563; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 64. Böyle bir durumda yokluğun tespiti için dava açılması mümkündür. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 280.

yapıldığı kişiye yalnızca bir alacak hakkı kazandırır⁸⁰. Vasiyet alacaklısının bu hakkını elde etmek için vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa ona; yoksa yasal veya atanmış mirasçılara başvuracağı yine TMK m. 600/1 hükmünde düzenlenmektedir. Hükümde yer alan “vasiyeti yerine getirme görevlisi” ifadesinin TMK m. 550 (ZGB Art. 517) vd. hükümlerindeki teknik anlamdaki “vasiyeti yerine getirme görevlisi” (vasiyeti tenfiz memuru; *Willensvollstrecker*) kavramını karşılamadığı, bunun mirasbırakan tarafından yalnızca belirli bir vasiyeti yerine getirmekle görevlendirilmiş “vasiyet borçlusunu” olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹. Bu kapsamda, hükümde yer alan vasiyet borçlusunu ile onun yokluğu durumunda yasal veya atanmış mirasçıları, kısaca, tasarrufu yerine getirme yükümlülükleri olarak da ifade edilebilirler.

Tasarrufu yerine getirme yükümlülüğü, külli veya cüzi halefiyetten kaynaklanır⁸². Mirasbırakanın külli halefleri olan yasal ve atanmış mirasçılar, vasiyet borçlarını ifa etmekle yükümlüdürler. Bunun dışında, vasiyet alacaklısı dahi bir vasiyet borcunu ifa etmekle yükümlü olabilir. Gerçekten, alt vasiyetin söz konusu olduğu durumlarda mirasbırakan, üst vasiyet alacaklısına ayrıca bir vasiyeti yerine getirme borcu yükler. Böyle bir durumda üst vasiyet alacaklısı, kendisine yüklenen bu borcu alt vasiyet alacaklısına karşı yerine getirmekle yükümlü olur⁸³. Ne var ki külli halefiyetin gerçekleşmediği veya vasiyete hak kazanılmadığı durumlar olabilir. Buna ilişkin bir yorum kuralı⁸⁴ getiren TMK m. 519/2 (ZGB Art. 486/2) hükmüne göre, “*Tasarrufu yerine getirme yükümlüsü, mirasçılığı veya kendisine bırakılan kazandırmayı reddetmiş ya da mirasbırakandan önce ölmüş veya mirastan yoksun kalmış olsa bile tasarruf yürürlükte kalır; yerine getirme borcu, bu durumlardan yararlananlara geçer.*”

Tasarrufu yerine getirmekle yükümlü olan yasal veya atanmış mirasçının yahut alt vasiyet alacaklısının, mirasbırakandan önce ölmesi (TMK m. 580-581; ZGB Art. 542-543), mirastan yoksun olması (TMK m. 578; ZGB Art. 540) ve mirası reddetmiş olması (TMK m. 605; ZGB Art. 566) durumlarında TMK m. 519/2 hükmü, ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki vasiyet

⁸⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 260; **İmre/Erman**, s. 123; **Dural/Öz**, N. 1684; **Ayan**, s. 131; **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), C. 2, İstanbul, 2020, m. 600, N. 675. Vasiyet alacağının muacceliyeti hakkında ayrıca bkz. **Serozan/Engin**, § 6, N. 28-30; **Dural/Öz**, N. 705 vd.

⁸¹ **Çabri**, C. 2, m. 600, N. 689.

⁸² **Oğuzman**, s. 145; **Dural/Öz**, N. 692 vd.

⁸³ **İmre/Erman**, s. 348; **Dural/Öz**, N. 695.

⁸⁴ **Hrubesch-Millauer**, CHK-ZGB, Art. 486, N. 12.

alacağının geçerli olarak hüküm doğurmasını sağlamaktadır⁸⁵. Bu yönüyle hükmün, vasiyetname lehine yorum ilkesinin bir görünümü olduğu tereddütsüz söylenebilir⁸⁶. Belirtilen sebeplerin dışında, tasarrufu yerine getirme yükümlüsü olarak belirlenen atanmış mirasçının veya üst vasiyet alacaklısının belirlendiği ölüme bağlı tasarrufların iptal edilmesi yahut bunlara yapılan kazandırmaların kazandırma yasağına aykırılıkları sebebiyle iptal edilmesi (TMK m. 536/2; ZGB Art. 503/2) durumlarında, ölüme bağlı tasarruf niteliğindeki vasiyet alacağının TMK m. 519/2 hükmüne kıyasla yine doğması gerekir⁸⁷.

E. İptal Edilebilirliğin Tasarrufun Bir Kısımına İlişkin Olması (TMK m. 558/2-3)

Ölüme bağlı tasarrufların iptali bakımından vasiyetname lehine yorum ilkesinin büyük önem taşıdığını, iptal edilene kadar ölüme bağlı tasarrufun geçerli olarak hüküm doğurmasının ve iptal kararının yalnızca taraflar arasında geçerli olmasının, vasiyetname lehine yorum ilkesinin soyut ve genel bir yansıması olduğunu belirtmiştik. Vasiyetname lehine yorum ilkesinin ölüme bağlı tasarrufun iptaline etkisi bununla da sınırlı değildir. Burada, somut ve özel nitelikte iki düzenleme bulunmaktadır:

(i) TMK m. 558/2 hükmüne göre, “*Dava, ölüme bağlı tasarrufun tamamının veya bir kısmının iptaline ilişkin olabilir.*” Bu hüküm sayesinde ölüme bağlı tasarruf, yalnızca bir kısmının iptalinin ardından geçerli olarak hüküm doğurmaya devam edecektir⁸⁸. Ölüme bağlı tasarrufların bir kısmının iptal edilmesi, TMK m. 557 hükmünde belirtilen iptal sebepleri dikkate alındığında, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sebebiyle yapılması veya bu tasarrufun içeriğinin, bağlandığı koşulların veya yüklemelerin hukuka veya ahlaka aykırı olması yahut (vasiyetnameye yapılan eklemeler bakımından istisnai olarak) şekil eksikliği durumunda mümkün olabilir⁸⁹. Ancak ölüme bağlı tasarrufun iptal edilecek

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 267; Serozan/Engin, § 4, N. 146; Çabri, C. 1, m. 519, N. 651.

⁸⁶ Ergüne, s. 116-117.

⁸⁷ Bkz. Studhalter, OFK-ZGB, Art. 486, N. 7; Weimar, BK-ZGB, Art. 486, N. 12; BGE 76 II 202.

⁸⁸ Serozan/Engin, § 4, N. 259; Çabri, C. 1, m. 558, N. 1336. Belirtelim ki TMK m. 558/2 hükmünün mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda bir karşılığı bulunmamaktadır. Ancak İsviçre öğretisinde, OR Art. 20/2 (TBK m. 27/2) hükmü karşısında, ölüme bağlı tasarrufların bir kısmının iptali mümkün görülmektedir. Bkz. Fankhauser, CHK-ZGB, Art. 519, N. 1.

⁸⁹ Karş. Eren, s. 133 vd.

kısımının mirasbırakanın farazi iradesi bakımından “olmazsa olmaz” (*condicio sine qua non*) bir koşul niteliği taşıdığı durumlarda bu kez tasarrufun tamamı iptal edilir⁹⁰.

(ii) TMK m. 558/3 (ZGB Art. 520/2) hükmüne göre, “*İptal davası, ölüme bağlı tasarrufla kendilerine, eşlerine veya hısımlarına kazandırma yapılanların tasarrufun düzenlenmesine katılmalarının yol açtığı sakatlığa dayandığı takdirde tasarrufun tamamı değil, yalnız bu kazandırmalar iptal edilir.*” Bu hüküm, esas itibarıyla, TMK m. 558/2 hükmündeki kısmen iptalin bir görünümünden ibarettir⁹¹. TMK m. 558/3 hükmü sayesinde ölüme bağlı tasarruf, yalnızca kazandırma yasağına aykırı kısmının iptalinin ardından geçerli olarak hüküm doğurmaya devam edecektir. Burada, TMK m. 558/2 hükmünün aksine, ölüme bağlı tasarrufun iptal edilecek kısmının mirasbırakanın farazi iradesi doğrultusunda tasarrufun tamamına etkili olmayacağı kabul edilmektedir⁹².

F. Tüzel Kişiliği Bulunmayan Topluluğa Yapılan Kazandırma (TMK m. 577/2)

Ölüme bağlı tasarrufta bulunulananın mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatını taşıyabilmesi, onun hak ehliyetine sahip olmasına, diğer bir deyişle kişi olarak nitelendirilebilmesine bağlıdır. Bu kişi, gerçek veya tüzel kişi olabilir⁹³. Hak ehliyeti bulunmayan ve bu kapsamda kişi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan cansız veya canlı eşyaların ve özellikle hayvanların mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmeleri mümkün değildir⁹⁴. Hayvanlara yapılan ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname lehine yorum ilkesi çerçevesinde, yasal veya atanmış mirasçılara birer yüklem olarak kabul edilebilirler⁹⁵. Belirtelim ki bu husus, mehz İsviçre Medeni Kanunu’nda açıkça

⁹⁰ Bkz. **Serozan/Engin**, § 4, N. 259; **Eren**, s. 132-133; **Marxer**, OFK-ZGB, Art. 520, N. 2. Kısmi hükümsüzlüğe ilişkin TBK m. 27/2 hükmü de bu doğrultudadır. Bu hüküm kapsamında sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının geçersiz olması, kural olarak, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Böyle bir durumda sözleşme, kalan hükümleriyle geçerli olarak hüküm doğurur. Ancak geçersizliğine karar verilen hükümler olmasa tarafların sözleşmeyi kurmayacakları açıkça anlaşılabilirse bu kez sözleşmenin tamamı geçersiz olur.

⁹¹ **Çabri**, C. 1, m. 558, N. 1336. TMK m. 558/2 benzeri bir hüküm bulunmayan İsviçre hukukunda bunun yine bir kısmen iptal düzenlemesi olduğu yönünde bkz. **Marxer**, OFK-ZGB, Art. 520, N. 4.

⁹² **Serozan/Engin**, § 4, N. 259.

⁹³ Bkz. **Çabri**, C. 2, m. 577, N. 46 vd.

⁹⁴ **İmre/Erman**, s. 327.

⁹⁵ **Eren/Yücer Aktürk**, N. 621; **Baygın**, s. 581.

düzenlenmektedir. Gerçekten, ZGB Art. 482/4 hükmüne⁹⁶ göre, “Hayvan lehine yapılan ölüme bağlı tasarruf, onun doğasına uygun biçimde bakılması için yapılmış bir yüklenme olarak geçerlidir.”

Mirasbırakanın tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa kazandırma yapmış olması da mümkündür. Adi şirket veya arkadaş grubu lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflar böyledir. Bu ihtimalde, ilk olarak, mirasçı veya vasiyet alacaklısı ehliyeti bulunmayan bu kişiler lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufun iptal davası açılmasına gerek duyulmaksızın kesin hükümsüz olarak nitelendirilmesi gerekirdi⁹⁷. Ancak bu ihtimale ilişkin olarak kanunda özel bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten, TMK m. 577/2 (ZGB Art. 539/2) hükmüne göre, “Tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belli bir amaç için yapılan kazandırmaları, o topluluk içindeki kişiler, mirasbırakan tarafından belirlenen bu amacı gerçekleştirme kaydıyla birlikte edinmiş olurlar; amacın bu yolla gerçekleştirilmesine olanak yoksa, yapılan kazandırma vakıf kurma sayılır.” Bu hüküm sayesinde ölüme bağlı tasarruf, geçersiz olarak nitelendirilmek yerine, kanun gereği geçerli bir işlem olarak ayakta tutulmaktadır⁹⁸.

TMK m. 577/2 hükmü, iki aşamalı bir kazandırma öngörmektedir. Buna göre, birinci aşamada öncelikle, lehine kazandırma yapılacak kişilerin mirasbırakan tarafından yeterli ölçüde belirlenmiş olup olmadığına bakılır. Yeterli ölçüde belirlenmiş kişiler kazandırmayı birlikte edinirler. Örneğin, mezun olduğu lisedeki sınıf arkadaşlarına mülkiyetindeki taşınmaz vasiyet eden mirasbırakanın her bir sınıf arkadaşı, bu taşınmaz üzerinde eşit derecede hak sahibi olur⁹⁹. Ancak bunun mümkün olmadığı ikinci aşamada,

⁹⁶ ZGB Art. 482/4: “Wird ein Tier mit einer Zuwendung von Todes wegen bedacht, so gilt die entsprechende Verfügung als Auflage, für das Tier tieregerecht zu sorgen.” Ayrıca bkz. **Ergüne**, s. 259-260; **Demirsatan**, Barış: “Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 138-139, dn. 1.

⁹⁷ Salt geçersiz olduğu yönünde bkz. **Dural/Öz**, N. 1507.

⁹⁸ Bu hüküm, TMK m. 512/3 hükmünde olduğu gibi yine mirasbırakanın farazi iradesine dayanan bir yasal tahvil örneğidir. Bkz. **Dural/Öz**, N. 1508; **Antalya/Sağlam**, N. 1065; **Baygın**, s. 579-580; **Aksoy Dursun**, s. 313-314.

⁹⁹ Bu yönde açıklamalar için bkz. **Schwander**, BSK-ZGB, Art. 539, N. 14; **Çabri**, C. 2, m. 577, N. 52-53. Böyle bir durumda, lehine kazandırma yapılacak kişilerin, üçüncü kişi veya vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından belirlenmesinin ise mümkün olmadığı kabul edilir. Bkz. **Escher**, Arnold/**Escher**, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Auflage, Zürich, 1960, Art. 539, N. 4; **Hrubesch-Millauer**, OFK-ZGB, Art. 539, N. 5; **Wildisen**, CHK-ZGB, Art. 539, N. 3. Bu yönde bkz. 81 II 22. Buna karşın, iki

lehine kazandırma yapılacak kişilerin yer ve zaman bakımından yeterli ölçüde belirlenmediği veya bu kazandırmadan topluluğun gelecekteki üyelerinin de yararlanmasının amaçlandığı durumlarda ölüme bağlı tasarruf, vakıf kurma olarak geçerli kabul edilir¹⁰⁰. Tescili istenen vakfa özgülenen mal ve hakların, vakfın amacını gerçekleşmesine yeterli olmaması da mümkündür. Böyle bir durumda ise bu mal ve haklar, TMK m. 107 hükmü doğrultusunda, benzer amaçlı bir vakfa özgülenir¹⁰¹. Bunun için mirasbırakanın aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamış olması aranır. Bu husus vasiyetnamenin yine mirasbırakanın iradesi doğrultusunda ayakta tutulduğunu gösterir. Benzer durum, yeterli ölçüde belirlenmemiş kişilere geçici amaçlı yapılan kazandırmalar bakımından da kabul edilmelidir.

G. Önmirasçının Atanmamış veya Ön Vasiyet Alacaklısının Belirlenmemiş Olması (TMK m. 583/2)

Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufuyla mirasçı atadığı kişiyi, mirası diğer bir kişiye devretmekle yükümlü kılabilir. Buna artmirasçılık denir¹⁰². Mirasbırakanın mirasçı atadığı kişi önmirasçı, mirasın devredileceği kişi de artmirasçı olarak adlandırılır (TMK m. 521; ZGB Art. 488). Bu kapsamda ön vasiyet alacaklısı veya art vasiyet alacaklısı belirlenebilmesi de mümkündür. Önmirasçının ve artmirasçının aynı vasiyetnamede atanmış olması gerekli değildir. Bu kapsamda, artmirasçı atanmakla birlikte önmirasçının atanmamış olması da mümkündür. Vasiyetnamede geciktirici koşula bağlı mirasçı atanması dışında bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun bulunmaması böyledir. Nitekim, TMK m. 583/2 (ZGB Art. 545/2) hükmüne göre, “*Mirasbırakan tarafından önmirasçı atanmamışsa, yasal mirasçı, önmirasçı sayılır.*” Buna göre, artmirasçının atanmış veya art vasiyet alacaklısının belirlenmiş olması, bu tür ölüme bağlı tasarrufun geçerli olarak hüküm doğurması bakımından yeterli kabul edilmiştir¹⁰³. Belirtelim ki hükmün önceki fıkrası, mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimsenin (ileride doğacak çocuğun) artmirasçı atanmasına veya art vasiyet alacaklısı belirlenmesine ilişkindir. Ancak TMK m. 583/2 hükmünün, sistematik olarak TMK m. 521 vd. hükümlerinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı ve ayrıca

farklı kişi topluluğu arasından birinin seçilmesi biçimindeki belirlemenin vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından yapılabileceği yönünde bkz. BGE 100 II 98.

¹⁰⁰ Bkz. **Druey**, § 11, N. 33; **Wildisen**, CHK-ZGB, Art. 539, N. 5; **Çabri**, C. 2, m. 577, N. 56; **Ergüne**, s. 254-255.

¹⁰¹ **Çabri**, C. 2, m. 577, N. 58; **Baygın**, s. 580.

¹⁰² Bkz. **Gürpınar**, Damla: Artmirasçı Atama, Ankara, 2018, s. 10 vd.

¹⁰³ Ayrıca bkz. **Gürpınar**, s. 28-29; **Dural/Öz**, N. 802.

önmirasçının atanmamış veya ön vasiyet alacaklısının belirlenmemiş olması ile sınırlandırılmayacak ölçüde genel bir kuralı ifade ettiği belirtilmektedir¹⁰⁴.

III. LEHE YORUM İLKESİNİN VASIYETNAMENİN ŞEKLE AYKIRILIĞI VEYA MİRASBIRAKANIN EHLİYETSİZLİĞİ DURUMLARINDA UYGULANABİLMESİ

Sağlararası işlemler bakımından kesin hükümsüzlük sebebi olarak öngörülen şekle aykırılık durumunun ölüme bağlı tasarruflar bakımından TMK m. 557/1, b. 4 (ZGB Art. 520) hükmü kapsamında yalnızca bir iptal sebebi olarak öngörülmesinin, ölüme bağlı tasarruflar bakımından işlem lehine yorumun ve buna bağlı olarak vasiyetname lehine yorumun kanundaki bütüncül bir ifadesi olduğunu belirtmiştik. Vasiyetnamenin şekle aykırılığı durumunda da yine vasiyetnamenin muhtemel farklı yorumlarından birinin vasiyetnamenin geçerliliğine elverişli olup olmadığına bakılması isabetli olur¹⁰⁵. Bunun dışında, şekil kurallarının da vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁶. Bu kapsamda şekil kuralları, amaçsal (teleolojik) yorum yöntemiyle değerlendirilir¹⁰⁷. Ancak bu yöntem, şekil kuralların varlığını da anlamsız kılmamalıdır. Buna göre her bir vasiyetname türü bakımından durumun ayrıca incelenmesi isabetli olur:

(i) Resmi vasiyetnamenin resmi memur tarafından düzenlenmemesi veya bu işleme iki tanığın katılmaması sebepleriyle oluşan şekle aykırılık, lehe yorum ilkesi kapsamında giderilemez. Zira işlemin oluşma sürecine katılan bu kişiler, yukarıda da kısmen belirtildiği üzere, mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin varlığını “kesin olarak ortaya koyan” ve vasiyetname içerisinde yer alan tasarrufların onun iradesine uygun olduğunu “beyan eden” birer konumdadırlar. Bunun dışında yer alan şekil koşulları bakımından da yine amaca uygun değerlendirme yapmak gerekir. Bu kapsamda, okunarak ve imzalanarak düzenlenen resmi vasiyetname bakımından, mirasbırakanın vasiyetnameyi okuduğu ve bunun son arzularını içerdiği hususunun memur huzurunda iki tanığa beyan edildiği yönündeki ifadenin yer almadığı bir vasiyetname şekle aykırı kabul edilmemelidir¹⁰⁸. Ancak

¹⁰⁴ Bkz. **Escher/Escher**, ZK-ZGB, Art. 545, N. 6; **Schwander**, BSK-ZGB, Art. 545, N. 4; **Hrubesch-Millauer**, OFK-ZGB, Art. 545, N. 6.

¹⁰⁵ Alman hukukunda bu yönde bkz. **Leipold**, MüKo-BGB, § 2084, N. 80.

¹⁰⁶ **Benedikt**, N. 699.

¹⁰⁷ **Weimar**, BK-ZGB, Vorbem. zu Art. 498, N. 7; **Breitschmid**, BSK-ZGB, Art. 498, N. 5; **Benedikt**, N. 699.

¹⁰⁸ **Ergüne**, s. 294. Karş. Yarg. 2. HD T. 21.07.2008 E. 2008/11440 K. 2008/10969 (**Lexpera**)

bunun için tanıkların, daha sonra, vasiyetnamenin mirasbırakanın iradesine uygun olduğu ve onu tasarrufa ehil gördükleri yönündeki beyanlarının vasiyetname içerisinde yer alması aranır¹⁰⁹. Okunmadan ve imzalanmadan düzenlenen resmi vasiyetname bakımından da durum benzerdir. Resmi vasiyetnamelerde özellikle resmi memurun (veya yardımcılarının) işlemlerinden kaynaklanan şekle aykırılıkların vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında değerlendirilmesine hiçbir engel yoktur.

(ii) El yazılı vasiyetname metninin el dışında -bilgisayar çıktısı gibi- bir aletle yazılması durumunda oluşan şekle aykırılık, lehe yorum ilkesi kapsamında giderilemez. Zira bu tür vasiyetname bakımından el yazısı, ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakan tarafından düzenlenmiş olup olmadığına yönelik bir teşhis fonksiyonu taşır¹¹⁰. Aynı durum imza bakımından da geçerli olmalıdır. Tarih bakımından ise durum farklıdır. Gerçekten, Türk Medeni Kanunu'nda karşılığı bulunmayan ZGB Art. 520a hükmüne¹¹¹ göre “El yazılı vasiyetnamede düzenleme tarihinin yer almaması veya bunun yanlış olarak gösterilmiş olması, bu tarihin mirasbırakanın ehliyeti, birden fazla ölüme bağlı tasarruf arasındaki sıranın belirlenmesi veya vasiyetnamenin geçerliliğine ilişkin diğer bir husus hakkında karar verilmesi için zorunlu ve bu tarihin başka bir biçimde belirlenmesi mümkün değil ise vasiyetname iptal edilebilir.” İsviçre hukukunda açıkça düzenlenmiş bu durumların Türk

¹⁰⁹ Bu açıklamaların kanunda yer aldığı kelimelerle ifade edilmiş olması ise gerekmez. “Vasiyetnameye tarih ve imza konulduktan hemen sonra da “Noter tarafından vasiyetçinin isteklerine uygun olarak yazıldığına ve okunup anlatıldığına ve ilgilinin kimlik, kişilik ve beyanını tanıklık ederiz” ifadesinin yazılıp tanıklarca imza edildiğine yer verildiği anlaşılmıştır. (...) Bu durumda, vasiyetnamede geçen “Kişilik” kavramının aynı zamanda “534.maddede geçen; mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini” ifadesini de kapsadığını(geniş manada bu ifadeyi de içerdiğini) kabul etmek gerekmektedir. Aksi takdirde, sadece sözle yetinmek, kanunun özünü unutmak anlamına gelir ki, bu durum mirasbırakanın gerçek iradesinin ayakta tutulması ilkesiyle de bağdaşmaz.” Bkz. Yarg. 3. HD T. 28.09.2010 E. 2010/7829 K. 2010/15359 (Lexpera).

¹¹⁰ Akkanat, Halil: “El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, Prof. Dr. Hayri Domanıç’ e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul, 2001, s. 803; Gönen, Doruk: El Yazılı Vasiyetname, İstanbul, 2007, s. 45-46; Kocayusufpaşaoğlu, s. 193; Ergüne, s. 298-2988. Bu yönde bkz. Dural/Öz, N. 385 vd.

¹¹¹ ZGB Art. 520a: “Liegt der Mangel einer eigenhändigen letztwilligen Verfügung darin, dass Jahr, Monat oder Tag nicht oder unrichtig angegeben sind, so kann sie nur dann für ungültig erklärt werden, wenn sich die erforderlichen zeitlichen Angaben nicht auf andere Weise feststellen lassen und das Datum für die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit, der Reihenfolge mehrerer Verfügungen oder einer anderen, die Gültigkeit der Verfügung betreffenden Frage notwendig ist.”

hukuku bakımından da benimsenmesi, vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında isabetli olur¹¹².

(iii) Sözlü vasiyetnameyi oluşturacak irade açıklamasının iki tanığa karşı yöneltilmemesi sebebiyle oluşan şekle aykırılık da lehe yorum ilkesi kapsamında giderilemez¹¹³. Bunun dışında, sözlü vasiyetnamenin tanıklara farklı anlarda açıklanmış olması, tanıkların mirasbırakanın irade açıklamasını hemen yazmamış olmaları veya bunu vakit geçirmeksizin hakime vermemiş olmaları vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak mirasbırakanın içerisinde bulunduğu olağanüstü durumlarda dahi son arzularını gerçekleştirmek amacıyla getirilen bu özel düzenlemeler, mirasbırakanın iradesinin kesin olarak belirlenmesine engel olacak biçimde yorumlanamaz¹¹⁴.

Mirasbırakanın ehliyetsizliği bakımından da durum benzerdir. Gerçekten mirasbırakanın ehliyetsizliği, TMK m. 557/1, b. 1 (ZGB Art. 519, Ziff. 1) hükmüne göre yalnızca bir iptal sebebidir. Vasiyetname ehliyetine ilişkin TMK m. 502 (karş. ZGB Art. 467) hükmüne göre, “*Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir.*” Ancak miras sözleşmesi ehliyetine ilişkin TMK m. 503 (ZGB Art. 468) hükmüne göre, “*Miras sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak, kısıtlı bulunmamak gerekir.*” Görüldüğü gibi vasiyetname ehliyeti, miras sözleşmesi ehliyetine göre daha geniştir. Buna göre, ergin olmayan veya kısıtlı olan ehliyetsiz tarafından yapılan miras sözleşmesindeki tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın aksi yönde iradesi bulunmadıkça, vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında hüküm doğurmalıdır¹¹⁵. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan veya onbeş yaşını doldurmamış, diğer bir deyişle ehliyetsiz kişi tarafından yapılan ve bu sebeple iptal edilecek bir vasiyetnamenin lehe yorum ilkesi kapsamında ayakta tutulabilmesi mümkün değildir¹¹⁶.

¹¹² **Ergüne**, s. 303 vd. Karş. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 208 vd.; **Gönen**, Vasiyetname, s. 91.

¹¹³ Sözlü vasiyetnamenin olağanüstü durumlarda yapılması ise bir şekil koşulu değildir. Bu sebeple olağan durumlarda yapılan sözlü vasiyetname -iptal edilebilir değil- kesin hükümsüzdür. Bkz. **Ergüne**, s. 307.

¹¹⁴ Bununla birlikte sözlü vasiyetnamenin tanıklar tarafından baştan sona el ile yazılması veya bunda tarihin hiç yer almaması veya yanlış gösterilmesi -el yazılı vasiyetnamede olduğu gibi- vasiyetname lehine yorum ilkesi kapsamında değerlendirilebilir. Bu yönde bkz. **Ergüne**, s. 309-310.

¹¹⁵ **Baygın**, s. 583-584.

¹¹⁶ Bkz. **Ergüne**, s. 80.

Değerlendirme ve Sonuç

Vasiyetnamenin geçerli veya geçersiz olarak nitelendirilmesine sebep olacak muhtemel farklı yorumları arasından birincisinin tercih edilmesi yönündeki kuralı ifade eden vasiyetname lehine yorum ilkesi, bu tür ölüme bağlı tasarrufların yorumlanması bakımından geçerli olarak kabul edilen irade teorisinin doğal bir sonucudur. Türk (ve İsviçre) hukuku bakımından kanunda açıkça düzenlenmeyen bu ilke, hem şekli hem de maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf yapma yönünde mirasbırakana oldukça geniş bir irade özgürlüğü tanıyan Türk Medeni Kanunu'na soyut ve somut biçimlerde yansımıştır. Vasiyetname lehine yorum ilkesinin uygulanabilmesi, mirasbırakanın vasiyetname yapma iradesinin varlığı, vasiyetnamenin farklı biçimlerde yorumlanabilir olması ve mirasbırakanın gerçek iradesinin belirlenebilir olması koşullarının bir arada bulunmasına bağlıdır. Vasiyetname lehine yorum ilkesi, vasiyetnamenin şekle aykırılığı durumlarında da uygulanabilir. Ne var ki bu yorum, şekil kurallarını anlamsız kılacak bir genişliğe ulaşmamalıdır. Mirasbırakanın ehliyetsizliği sebebiyle iptal edilecek miras sözleşmesi içerisinde yer alan tek taraflı ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname için gerekli ehliyet koşullarının sağlanması durumunda yine lehe yorum ilkesi kapsamında ayakta tutulur.

KAYNAKÇA

- Akkanat**, Halil: “El Yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul, 2001, s. 799-815.
- Aksoy Dursun**, Sanem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 311-326.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek: Marmara Hukuk Yorumu, Miras Hukuku, C. III, 4. bs., Ankara, 2019.
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 9. bs., Ankara, 2016.
- Baygın**, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 567-594.
- Beck**, Alexander: Grundriss des Schweizerischen Erbrechts, 2. Auflage, Bern, 1976.
- Benedikt**, Seiler: Die erbrechtliche Ungültigkeit, Zürich, 2017.
- Breitschmid**, Peter/**Jungo**, Alexandra (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2016 (Yazar Adı, CHK-ZGB).
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C. 1, İstanbul, 2018.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), C. 2, İstanbul, 2020.
- Demirsatan**, Barış: “Boşanmada Ev Hayvanlarının Hukuki Durumu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 3, 2020, s. 137-161.
- Druey**, Jean Nicolas: Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern, 2002.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, 15. bs., İstanbul, 2020.
- Eren**, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, 1966.
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, 2. bs., Ankara, 2019.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, İstanbul, 2011.
- Escher**, Arnold/**Escher**, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), 3. Auflage, Zürich, 1959 (Yazar Adı, ZK-ZGB).

- Escher, Arnold/Escher, Arnold:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Auflage, Zürich, 1960 (Yazar Adı, ZK-ZGB).
- Fahrländer, Karl:** Die aussenstehende Tatsache in der bundesgerichtlichen Praxis zur Testamentsauslegung, Bern, 1948.
- Gönen, Doruk:** El Yazılı Vasiyetname, İstanbul, 2007 (Gönen, Vasiyetname).
- Gönen, Doruk:** “Cezai Mirasçılıktan Çıkarmanın Amacı ve Cezai Mirasçılıktan Çıkmaya Tabi Kişilerin Kapsamı”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, s. 327-340 (Gönen, Cezai).
- Gürpınar, Damla:** Artmirasçı Atama, Ankara, 2018.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.):** Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB (Basler Kommentar), 5. Auflage, Basel, 2014 (Yazar Adı, BSK-ZGB).
- İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2017.
- İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet / Yılmaz, Süleyman:** Miras Hukuku, Ankara, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, 8. bs., Ankara, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, 3. bs., İstanbul, 1987.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.):** ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016 (Yazar Adı, OFK-ZGB).
- Oğuzman, M. Kemal:** Miras Hukuku, 6. bs., İstanbul, 1995.
- Palandt, Otto (Begr.):** Bürgerliches Gesetzbuch, 77. neubearbeitete Auflage, München, 2018 (Yazar Adı, Palandt-BGB)
- Picenoni, Vito:** Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich, 1955.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.):** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, B. 11, 8. Auflage, München, 2020 (Yazar Adı, MüKo-BGB)
- Serozan, Rona:** “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul, 1996, s. 425-437.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkey:** Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 5. bs., Ankara, 2018.

Sirmen, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.

Weimar, Peter: Berner Kommentar Band/Nr. III/1/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Bern, 2009 (Yazar Adı, BK-ZGB).

Yağcı, Kürşad: Cezai Mirasçılıktan Çıkarma (Cezai Iskat), İstanbul, 2013.

Yıldırım, Abdülkerim: Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Ankara, 2004.

www.kazanci.com (**Kazancı**)

www.lexpera.com (**Lexpera**)

OY HAKKININ İNTERNETTE OY KULLANIMI İLE DÖNÜŞÜMÜ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899918>

*Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ**

Öz

Oy hakkına ilişkin ilkeler genel oy hakkı, eşit oy hakkı, serbest oy hakkı gibi alt başlıklar altında incelenmektedir. Ne var ki, bilişim çağının geliştirdiği yeni oylama teknolojileri karşısında oy hakkına hakim olan bu ilkelerin alışlagelmiş kapsamı mevcut ihtiyacı karşılamada bir adım geride kalabilmektedir. Bu teknolojilerden en çok tartışmalı olanı ise internette oylamadır. Zira bu tartışmanın sebeplerinden birisi de internette oylama ile oy hakkının demokratik ilkeleri arasındaki uyumsuzluktur. Ancak buradaki uyuşmamaya, internette oylamanın yetersizliğini değil, oy hakkının ilkelerinin bir dönüşüm içerisinde olduğunu göstermektedir. Nitekim 2020 yılı oy merkezlerinde seçimlerin yapılamadığı uzun süreli salgınlarda, devletlerin çözüm arayışı içinde olduğu bir dönemi uygulamalı olarak göstermiştir. Haliyle oy hakkının internette oylama karşısında nasıl bir dönüşüm içerisinde olduğunu incelenmelidir. Böylece hem bilişim çağının gereklilikleri hem de olası salgın, afet vb. durumlarda nasıl bir aksiyon alınacağını değerlendirilebilecektir.

Anahtar Kelimeler

Oy hakkı, Elektronik oylama, İnternette oylama, e-oylama, i-oylama, Oy hakkının dönüşümü

THE TRANSFORMATION OF RIGHT TO VOTE THROUGH INTERNET VOTING

Abstract

The principles of suffrage are analyzed under subcategories of universal suffrage, equal suffrage, free suffrage, and so on. However, in the face of the

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: baris.borekci@yeditepe.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6609-1759> (Makalenin Geliş Tarihi: 28.09.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 29.09.2020/Makale Kabul Tarihi: 22.11.2020)

new voting technologies developed in the information age, the principles of suffrage maybe lack of responding to new needs. The most conventional one among these technologies is internet voting. One of the reasons for this controversy is the compliance problem between internet voting and the principles of suffrage. Nevertheless, such inconsistency implies that the principles of suffrage are evolving into new shapes rather than inadequacy in internet voting. The year 2020 has depicted the practice of a period in which countries seek a solution for long-term epidemics where elections cannot be held in voting centers. Thus, transformation and interplay of suffrage principles should be analyzed under the concept of internet voting. In this way, an action plan for both the needs of the information era and probable epidemics, disasters, etc. can be assessed.

Keywords

Right to vote, Electronic voting, Internet voting, e-voting, i-voting, Transformation of suffrage

I. GİRİŞ

1955’de Isaac Asimov’un kaleme aldığı “Franchise” isimli bilimkurgu öyküsünde, Multivac isimli bir yapay zekanın sadece tek bir insana çeşitli sorular yönelttiği, bu insanın verdiği cevaplar ile başkaca verilerin Multivac tarafından değerlendirilerek 2008’deki Amerikan başkanının belirlendiği bir dünya hayal edilmektedir¹. Günümüzde Asimov’un 21. yüzyıla ilişkin öngörüsü birebir gerçekleşmemiştir. Ancak algoritma, yapay zekâ, nesnelere interneti, derin öğrenme, veri madenciliği gibi vasıtalarla geleneksel seçim yöntemleri yeni bir şekle evrilmeye başlamıştır. O kadar ki yakın tarihli Cambridge Analytica skandalında anılan yeni vasıtalarla seçmen iradelerinin yönlendirilebildiği ve manipüle edilebileceği ortaya çıkmıştır². Anılan yeni vasıtaların olumsuz sonuca yol açtığı bu örnek karşısında olumlu örnekler de mevcuttur. 2019 yılında Avrupa Parlamentosu genel seçimlerinin Estonya ayağında isteyen seçmenler oylarını oy merkezine gitmeden internet aracılığıyla kullanabilmişlerdir. Seçim sistemleri ile teknolojinin etkileşimden doğan olumlu veya olumsuz sonuçlardan öte hukukun 21. yüzyıl bilişim teknolojisi gelişmeleri karşısında aldığı konum önem taşımaktadır. Çünkü gelecekteki örneklerin olumlu veya olumsuz sonuca yol açıp açmayacağına bu konum karar verecektir.

21. yüzyıl bilişim teknolojilerinin hukuk disiplinin kümülatif kapsamından çok daha hızlı bir devinim içinde olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bilgi çağının devinimleri karşısında oylama teknolojilerinde müthiş bir çeşitlilik yaşanmaktadır. O kadar ki ne kadar seçim varsa, seçim teknolojileri de o kadar çeşitlenmektedir. Haliyle bu gelişim karşısında bilgi çağının gerçekliğinin hukuki düzlemde bir karşılık bulabilmesi adına seçim, oy hakkı vb. kavramlar yeni oylama metotları bağlamında incelenmelidir. Bu sebeple çalışmamızda anılan teknolojilerden birisi olan ve uygulamaları açısından 21. yüzyılda son derece şüpheliye yaklaşılan internetten oy kullanımı (uzaktan internet aracılığıyla oy kullanımı) incelenecektir. Bu konunun seçilmesindeki faktör anılan yöntemin gelecekte seçimlerin olağan yöntemi haline gelme potansiyelidir. Haliyle çalışmamızda bilgi çağının gereklilikleri

¹ **Asimov**, Isaac: Franchise, Quinn Publishing Company, If: Worlds of Science Fiction, New York, Cilt 5, Ağustos-1955.

² Londra merkezli Cambridge Analytica isimli veri analiz şirketi Facebook’tan elde edilen veriler ile 2016’da ABD başkanlık seçimlerinde başkan Donald Trump’ın seçiminde seçmenlerin iradelerini manipüle etmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaiser**, Brittany: Targetted, Harper Collins, ABD, 2019.

açısından internetten oy kullanımı ile oy hakkının demokratik ilkeleri arasındaki etkileşim incelenecektir.

II. İNTERNETTEN OYLAMA

a. Tarihçe

İnternette oylamanın tarihçesi elektronik oy kullanımına dayanmaktadır. Bunun sebebi elektronik oy kullanımının zamanla internetten oy kullanımına evrilmesinden kaynaklanmaktadır. Haliyle elektronik oy kullanımı ile internetten oy kullanımı arasındaki geçiş süreci, internetten oy kullanımının gelecekteki diyalektiğini yorumlayabilmek adına önemlidir.

Elektronik oylamaya ilişkin fikirler ve projeler ilk defa 1875'te elektronik oylama makinesi üzerinden ortaya atılmıştır³. Ancak elektrik aksamli makinelerin kullanımı 1960'ların başına kadar sadece fikir olarak kalmıştır. Politikacılar elektronik aksamli bu cihazları ilginç bulsalar dahi kullanışlı olduğunu düşünmemiş ve sonuçları henüz bilinmeyen bu yöntemden çekinmişlerdir⁴. Elektronik oylamaya ilişkin ilk uygulama 1964 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin Georgia eyaletinde gerçekleşmiştir. Anılan yılda kullanılan ve IBM ("*International Business Machines*") tarafından geliştirilen sisteme delikli kart ("*punch card*") ismi verilmiştir⁵. Delikli kart mekanizmasında oy pusulası, bir kâğıt yerine karttan oluşturmaktadır. Her bir kartın üzerinde seçmenler için önceden hazırlanmış adaylar/seçenekler bulunmaktadır. Seçmen oyunu bu kart üzerindeki tercihlerin ilgili bölümünü kalem benzeri bir araç ile delerek kullanmaktadır. Seçmenin tercihinin anlık olarak oy merkezinde kaydedilmekte ve anılan kartlar üzerindeki tercihler bir merkezde bilgisayar sistemi aracılığıyla sayılmaktadır⁶.

1970'lere gelindiğinde delikli kart mekanizmalarına alternatif olarak optik işaret okuyucuları ("*optical mark-sense*") kullanılmaya başlanmıştır⁷. Optik işaret okuyucu sisteminde oy pusulası üzerinde seçenekler bulunmaktadır. Seçmen tercihi doğrultusunda oy pusulası üzerindeki ilgili alanı kalem vb. bir araçla işaretlemektedir. Doldurulan oy pusulasının optik algılayıcıya

³ **Krimmer**, Robert: The Evolution of E-voting: Why Voting Technology is Used and How it Affects Democracy, Tut Press, Tallinn University of Technology Doctoral Theses Series I: Social Sciences, No. 19, Talin, 2012. s. 21.

⁴ **Krimmer**, s. 22.

⁵ **Jones**, W. Douglas: The Evaluation of Voting Technology, İçinde: Secure Electronic Voting, Gritzalis A. Dimitris (ed.), e-kitap, Springer, 2003, s. 6.

⁶ **Krimmer**, s. 22

⁷ **Jones**, s. 8.

seçmen tarafından okutulması suretiyle oy kullanma süreci tamamlanmaktadır. Optik işaret okuyucusu algıladığı seçmen tercihini veri tabanına aktarmaktadır⁸.

1986'da ise hem optik işaret okuyucu hem de delikli kart sistemlerine alternatif olarak doğrudan kaydeden elektronik ("*direct-recording electronic*") sistemler⁹ geliştirilmeye başlanmıştır. 2000'lerden sonra özellikle delikli kart mekanizması ve optik işaret okuyucularda yaşanan problemleri aşmak adına doğrudan kaydeden elektronik sistemler daha fazla tercih edilmiştir¹⁰. Bu sistemde seçmenler adayları monitöre benzer bir ekranda seçenekler halinde görmektedirler. Seçmenler anılan ekrandaki diledikleri tuşa basarak oylarını kullanabilmektedirler. Elektronik cihazlardaki tercihler ise oy kullanımı sona erdikten sonra merkezi bir yerde sayılmaktadır. Günümüzde bu sistemlerin dokunmatik ekranlarla da hizmet verdiği versiyonları bulunmaktadır¹¹. Anılan sistemin yapısını somutlaştırabilmek adına bu yöntemi bankamatiklere benzetebiliriz.

Buraya kadar sayılan sistemler, vasıta olarak elektronik araçları içerseler de seçmenin oy merkezine gitmesini mecbur kılmaktadır. Seçmeni oy kullanma merkezine getirmeden elektronik vasıtalarla oy kullanma fikri ise ilk defa İkinci Dünya Savaşı sırasında Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya atılmıştır¹². 1982 yılında ise uzaktan elektronik oylamanın kökeni olarak gösterilen kör imza ("*blind signatures*") fikri ortaya çıkmıştır. Bu fikre göre oy kullanımı sırasında seçmenin kimliği gizli tutulacak ve oy kullanan kişinin kimliği dijital imzaların karşılaştırılması yoluyla doğrulanacaktır¹³. 1982'deki bu fikir sayesinde günümüzdeki en tartışmalı oy

⁸ **Cranor**, Lorrie Faith: In Search of the Perfect Voting Technology: No Easy Answers İçinde: Secure Electronic Voting, Gritzalis A. Dimitris (ed.), e-kitap, Springer, 2003, s. 23. Bu sistemi akıllarda somutlaştırmak adına optik işaret okuyucu yoluyla yapılan oylamayı, Öğrenci Seçme ve Yerleşme Merkezi'nin (ÖSYM) yaptığı sınavlarda, sınava girenlerin optik formu doldurarak tercih yaptığı sisteme benzetebiliriz. Tabii ki ÖSYM'nin yaptığı sınavlar bir oylama yöntemi değildir. Buradaki benzetme tercih etme fiilinin teknolojik alt yapısının somutlaştırılabilmesi için verilmiştir.

⁹ Türkçe'de bu terminolojiye kullanan çalışma için bkz. **Akın**, Melda: "*Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik: Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler*", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Ekonometri ve İstatistik Dergisi, Sayı: 3- 2006, sa. 32-47, s. 33.

¹⁰ **Cranor**, s. 23; **Jones**, 9.

¹¹ **Krimmer**, s. 22.

¹² **Krimmer**, s. 23.

¹³ **Chaum**, David: Blind Signatures for Untraceable Payments. İçinde: Chaum D.-Rivest R.L.-Sherman A.T. (ed.) *Advances in Cryptology*. Springer, Boston, 1983, s. 201.

kullanma yöntemlerinden birisi olan internetten oylama, çalışmalara konu olmaya başlamıştır. Özellikle 2000’li yıllardan itibaren doğrudan kaydeden elektronik sistemlere alternatif olarak Avrupa’da (Örneğin İngiltere, Estonya, İsviçre) ve Amerika Birleşik Devletleri’nde¹⁴ (“ABD”) internet aracılığıyla oy kullanımı için birçok proje ve çalışma yürütülmüştür¹⁵. Günümüzde ise gerçek anlamda internetten oy kullanımına imkân veren ülkeler Estonya, İsviçre¹⁶, Norveç¹⁷ gibi ülkelerdir. Ne var ki, Norveç 2019 itibariyle uzaktan internetten oy kullanımı opsiyonunu seçmenlere sunmaktan vazgeçmiştir. Bu karara gerekçe olarak internetten oy kullanımının oy kullanan sayısında esaslı bir artış yaratmaması, gizli oy ilkesine verilen önem, başka devletlerin seçimlere müdahale ettikleri yönündeki şüphelerin bulunması, internetten oylamayı sağlayan sistemin güvenli olmasına rağmen bu oylamanın gerçekleştiği bilgisayar veya telefonların güvenli olmaması gösterilebilir. İnternetten oylama açısından Avrupa’nın öncüsü olarak kabul edilen Estonya ise 2005’ten bu yana internetten oylama yöntemine yatırım yapmakta ve bu yöntemi uygulamaktadır¹⁸.

b. İnternetten Oy ve İlgili Tanım

İnternetten oylama, elektronik demokrasi kavramının bir alt başlığıdır. Bu sebeple öncelikle elektronik demokrasi kavramı açıklanmalıdır. Öğretide henüz bir fikir birliği bulunmasa da elektronik demokrasinin, siyasi iletişim, katılım ve yönetim kapsamında dijital medya vasıtasıyla uygulanan demokratik faaliyetleri ifade ettiği söylenebilir¹⁹. Başka bir deyişle geleneksel demokrasi anlayışının bilgi çağında yeniden şekillendirilmiş haline elektronik

¹⁴ 2000’li yıllardan sonra ABD’deki elektronik oy uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Işık**, Alper: Dijital Demokrasi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 135 vd.

¹⁵ **Krimmer**, s. 24.

¹⁶ İsviçre’deki sisteme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Işık**, s. 131 vd.

¹⁷ <https://sciencenorway.no/election-politics-technology/no-more-online-voting-in-norway/1562253> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

¹⁸ **Aichholzer**, Georg-Rose, Gloria: Experience with Digital Tools in Different Types of e-Participation, Hennen, Leonhard-Keulen, Ira van-Korthagen, Iris-Aichholzer, Georg-Lindner, Ralf-Nielsen, Rasmus Øjvind (ed.), European E- Democracy in Practice, e-kitap, Springer Open, 2020, s. 109.

¹⁹ **Lindner**, Ralf-Aichholzer, Georg: E-Democracy: Conceptual Foundations and Recent Trends, İçinde: Hennen, Leonhard-Keulen, Ira van-Korthagen, Iris-Aichholzer, Georg-Lindner, Ralf-Nielsen, Rasmus Øjvind (ed.), European E- Democracy in Practice, e-kitap, Springer Open, 2020, s. 18. Öğretide elektronik demokrasi kavramı yerine teknolojik gelişmelerin demokrasi üzerindeki etkisini kapsayacak dijital demokrasi terimi kullanılmaktadır. Dijital demokrasinin kapsamına ilişkin ayrıntılı çalışma için bkz. **Işık**, s. 95 vd.

demokrasi denebilir. Elektronik demokrasi kavramı bireyin demokratik süreçlere katılımı açısından üçe ayrılmaktadır: 1) Gözetim, 2) gündem belirleme ve 3) karar alma. Karar alma fonksiyonunun alt görünümünden birisi elektronik oylama²⁰. Elektronik oylama faaliyetlerine konu olan ve “elektronik oylama” kavramının kapsamını asli olarak etkileyen husus doğal olarak elektronik oydur.

Elektronik oyun tanımı, teknolojik gelişmelere paralel olarak değişmekte ve sıklıkla yenilenmektedir. Örneğin 2004 yılında elektronik oy, telefon, televizyon (kablolu veya uydulu) ve bilgisayar gibi elektronik haberleşme teknolojileri ile kullanılan oy şeklinde tanımlanmıştı²¹. Avrupa Konseyi'nin 2017 tarihli tavsiye kararında ise elektronik oy, elektronik olarak kullanılan oy şeklinde ifade edilmiştir²². Görüldüğü üzere 2017 yılına gelindiğinde 2004'e nazaran son derece geniş bir tanım tercih edilmiştir. Bu geniş tanımın sebebi ise oylama teknolojilerindeki hızlı değişim karşısında kadük kalmayan bir kapsamın belirlenebilmesi ihtiyacıdır. Bu noktaya kadar yapılan açıklamalar yabancı literatür kapsamındaki değerlendirmeleri içermektedir. Türk öğretisine bakıldığında da kavram olarak elektronik oy²³ veya e-oy²⁴ tabirleri kullanılmaktadır. Her ne kadar bir tanım yapılsa dahi Türk mevzuatında yine elektronik oylama yöntemine imkân veren düzenlemeler bulunmaktadır²⁵.

Elektronik oy, oyun kullanıldığı yer açısından uzaktan elektronik oy ve merkezden elektronik oy şeklinde iki alt kategoriye ayrılmaktadır. Merkez-

²⁰ Lindner-Aichholzer, s. 23.

²¹ Gibson, Rachel K.: Internet voting and the European Parliament Elections, içinde: Mendez, Fernando-Trechsel, Alexander H. (ed.), The European Union and e-Voting, e-kitap, Routledge, 2004, s. 31.

²² CoE Recommendation CM/Rec(2017)51 of the Committee of Ministers to Member States on Standards for E-voting, <https://rm.coe.int/0900001680726f6f> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020, s. 6.

²³ Türk öğretisinde elektronik oy kavramı *gıyabi oy* kategorisinin altında kullanılmaktadır. Akartürk, s. 63. Ne var ki, elektronik oyun, oy merkezlerinde kullanılabilmesi de mümkün olduğu için burada gıyabi oy kategorisi yapılması yerine elektronik oy hakkının kendi içinde uzaktan veya doğrudan şeklinde ikiye ayrılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

²⁴ Işık, s. 121; Vural Dinçkol, Bihterin-Işık Alpe., “Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25 - Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, sa. 716-726, s. 718.

²⁵ 298 Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m. 94/A; Belediye Meclisi Çalışma Yönetmeliği m. 13.

den elektronik oy yöntemlerinde seçmen belli bir merkeze gitmekte ancak oylama işlemi elektronik vasıtalarla gerçekleştirilmektedir. Örneğin delikli kart mekanizması, optik işaret okuyucu veya doğrudan kaydeden elektronik sistemler belli bir merkezden yapılan elektronik oy kullanma yöntemleridir. Merkezdən elektronik oy kullanımı kapsamında internet aracılığıyla oy kullanmak da mümkündür²⁶. Ancak çalışmamızda merkezden internet aracılığıyla oy kullanma kavramına değinilmeyecektir. Zira çalışmamızın asıl konusunu uzaktan elektronik oy kavramının bir alt başlığı olan uzaktan internet aracılığıyla oy kullanımıdır²⁷.

Uzaktan internet aracılığıyla oy kullanımı, seçmenin herhangi bir seçim noktasına gitmeksizin internete bağlı herhangi bir bilgisayar üzerinden oyunu kullanabilmesi anlamına gelmektedir²⁸. Öğretide uzaktan internet aracılığıyla oy kullanımı ile aynı anlama gelecek şekilde “elektronik ağlar üzerinden uzaktan oy” tabiri de kullanılmaktadır²⁹. Ancak çalışmamızda “uzaktan internet aracılığıyla oy” veya “elektronik ağlar üzerinden uzaktan oy” kavramlarının uzunluğu sebebiyle bu iki kavramla aynı anlama gelecek şekilde “internetten oy” tabirini kullanacağız.

c. İnternetten Oylama Yöntemi

İnternetin oylama teknolojilerindeki asli işlevi, oylama işleminin gerçekleşeceği platformdaki bilişim sistemlerinin birbirine bağlanmasıdır. Bunun üzerine kurulacak bir oylama sisteminde seçmenin nerede oy kullanacağı, sistemi nasıl kullanacağı, seçmene oylama sırasında ne gibi imkanlar

²⁶ Öğretide *kiosk internet voting*, *polling place internet voting* ve *precinct internet voting* şeklinde üç farklı yöntem bulunduğu belirtilmektedir. **Alvarez**, R. Michael-**Hall**, Thad E.: *Point, Click and Vote: The Future of Internet Voting*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2004, s. 4. Benzer yönde bkz. **Kersting**, Norbert-**Baldersheims**, Harald: *Electronic Voting and Democratic Issues: An Introduction*, İçinde: Kersting, Norbert-Baldersheim, Harald (Ed.), *Electronic Voting and Democracy*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, s. 6.

²⁷ **Gibson**, s. 31.

²⁸ **Jones**, s. 14. Türk öğretiminde uzaktan internet aracılığıyla oy kullanımı şeklinde bir ayırım yapılmısa da bu kapsamda *internet aracılığıyla oy kullanımı* şeklinde bir kavram kullanılmıştır. İlgili çalışma için bkz. **Gözler** Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, cilt: I, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 662.

²⁹ **Joachim**, Rui-**Ribeiro**, Carlos-**Ferreira**, Paulo: *Improving Remote Voting Security with CodeVoting*, İçinde: Chaum, David-Jakobsson, Markus-Rivest, Ronald L.-Ryan, Peter Y.A.-Benaloh, Josh-Kutylowski, Miroslaw-Adida, Ben (Ed.), *Towards Trustworthy Elections: New Directions in Electronic Voting*, Springer, Berlin, 2010, s. 310.

sağlanacağı vb. bilgiler değişiklik gösterebilecektir. Örneğin bazı seçimlerde seçim merkezinde elektronik cihazlar aracılığıyla oy kullanılmakta ancak kullanılan oylar internet ortamında saklanılmaktadır³⁰. Bu örnekte elektronik cihazların oylama işlemi için kullanılıyor olması oylama yönteminin niteliğini belirlememektedir. Buradaki belirleyici yine oylama işleminin gerçekleştiği elektronik cihazdaki platformu merkezi sistemle bağlayan internettir. Bir başka deyişle burada oylama yöntemi olarak öne çıkan özellik internet üzerinde yoğunlaşmaktadır.

İnternetin oylama sisteminde kullanıldığı teknolojilerde oylama işlemi otoriteler tarafından belirlenen merkezlerde yapılabileceği gibi uzaktan da yapılabilmektedir. Tekrar hatırlatmak isteriz ki çalışmamızda sadece uzaktan internet aracılığıyla oy kullanımı incelenecek ve uzunluğu sebebiyle “uzaktan internet aracılığıyla oy” yerine “internette oy” ifadesi kullanılacaktır.

İnternette oylama yönteminin birinci adımında seçmen bir bilgisayar veya bilgisayar işlevi gören diğer cihazlar üzerinden kimliğini doğrulamalıdır. Doğrulamanın nasıl yapılacağı oy kullanılan seçimin niteliğine göre değişebilmektedir. Örneğin genel seçimlerde elektronik imza yöntemi kullanırken siyasi partilerin ön seçimlerinde kullanıcı adı ve şifre bilgisinin yeterli olduğu sistemler tercih edilebilmektedir³¹. Seçmenlerin kimlik doğrulama işlemleri oy kullanma işlemi için önceden geliştirilmiş bir arayüzde gerçekleşmektedir. Seçmen bu arayüzde kimliğini doğruladıktan sonra oyunu aynı arayüzde kullanmaktadır³². Oy kullanma işlemi bittikten sonra seçmene e-posta ve/veya SMS olarak doğrulama kodu gönderilmektedir. Aynı zamanda seçmenin kullandığı oya ilişkin doğrulama sayfasını, oyunu kullandığı cihaz üzerinden yazdırması yine mümkündür. Oy kullanım işleminden sonra ilgili oy, sistem tarafından şifrelenerek sunuculara kaydedilmektedir. Seçmenin oyunu kullanması ile oy sayımı arasındaki operasyonel süreçte bir tür yazılım kullanılmaktadır³³.

³⁰ **Kersting-Baldersheims**, s. 7.

³¹ **Kutyłowski**, Mirosław-**Zagórski**, Filip: *Scratch, Click & Vote: E2E Voting over the Internet*, İçinde: Chaum, David-Jakobsson, Markus-Rivest, Ronald L.-Ryan, Peter Y.A.-Benaloh, Josh-Kutyłowski, Mirosław-Adida Ben (Ed.), *Towards Trustworthy Elections: New Directions in Electronic Voting*, Springer, Berlin, 2010, s. 343.

³² **Yard**, Michael: *Direct Democracy: Progress and Pitfalls of Election Technologies*, International Foundation for Electoral Systems, Washington D.C., 2010, s. 71.

³³ **Rivest**, Ronald L.-**Virza**, Madars: *Software Independence Revisited*, İçinde: Hao, Feng-Ryan, Peter Y. A., *Real-World Electronic Voting: Design, Analysis and Deployment*, CRC Press, New York, 2017, s. 6.

III. İNTERNETTEN OYLAMAYA HAKİM OLAN İLKELERİN DÖNÜŞÜMÜ

İnternette oylamaya hakim olan ilkelerin dönüşümü incelenirken oy hakkının demokratik ilkelerine değinilecektir. Oy hakkının demokratik ilkelerinin tamamı yerine internette oylama için önem arz eden ilkelere bu bölümde yer verilecektir. Bu ilkeler ise genel oy ilkesi, eşit oy ilkesi, serbest oy ilkesi, gizli oy ilkesi, kişisel oy ilkesi ve açık sayım ve döküm ilkesidir.

a. Genel Oy İlkesi

Genel oy ilkesi, oy hakkının belli kesimlere bir ayrıcalık olarak tanınmaması ve böylece oy hakkına herkesçe sahip olunabilmesini sağlamaktadır³⁴. Başka bir deyişle genel oy ilkesi, oy hakkının servet, vergi, yetenek vb. şartlara bağlı olmaması anlamına gelmektedir³⁵. Ancak genel oy ilkesinin kapsamına ilişkin yapılan açıklamalar mutlak ve sınırsız değildir. Yani bu hakkı kullanım koşullarına ilişkin birtakım sınırlamalar getirilebilir³⁶. Ancak buradaki sınırlamalar ancak oy hakkını kişiye ve topluma daha yararlı kılmak amacıyla, keyfi olmayan ve makul ölçülerde yapılabilecektir. Örneğin yaş ve vatandaşlık kısıtlamaları genel oy hakkının ihlali olarak görülmemektedir³⁷. Bu örnekteki yaş ve vatandaşlık kısıtlaması, aslında seçmenin ayırt etme gücüne sahip olacağı yaş sınırı ve sadece egemenliğe sahip olan sülhlerin oy kullanılabilmesi şeklinde makul ölçütlerdir. Öğretideki bu geleneksel bakış açısı internette oylama noktasında bambaşka bir noktaya evrilmektedir.

İnternette oylama açısından genel oy ilkesindeki dönüşümü kavrayabilmek adına Avrupa Konseyi'nin elektronik oy hakkına ilişkin tavsiye kararına bakılmalıdır. İnternette oylama, elektronik oyun bir alt kategorisi olduğu için anılan tavsiye karar internette oy perspektifinden incelenecektir. Anılan tavsiye karar, oy hakkına hakim olan ilkelere ilişkin genel bir çerçeve çizmektedir. Tavsiye kararda bahsi geçen genel oy hakkı bağlamın-

³⁴ Akartürk, Ali Ekrem: Oy Hakkının Anayasal İlkeleri, Legal Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 52.

³⁵ Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2010, s. 303.

³⁶ Bu sınırlamaların seçmenin yetkinliğinin ölçülmesine noktasına kadar vardırıan öneriler mevcuttur. Bu öneriye göre seçmenler oy kullanmadan önce yapay zekâ tarafından bir teste tabi tutulacaktır ve böylece seçmen olabilme yeterliliği ölçümlenecektir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ciner, Şahin: Dijital Demokrasi, Sokak Kitapları Yayınları, İstanbul, 2017, s. 63 vd.

³⁷ Akartürk, s. 53.

daki kriterlere bakıldığında önceki paragraflarda değindiğimiz geleneksel bakış açısının ötesinde bir kapsam belirlenmiştir³⁸.

Anılan kriterlerden birincisi seçmenin karşılaşacağı internette oylama arayüzünün bütün vatandaşlar tarafından anlaşılabilirliği. Bilgi ve iletişim teknolojileri gün geçtikçe daha fazla insanın kullanımına hasredilmektedir. Ancak birçok insan halen teknolojik araçları kullanmakta zorluk yaşamaktadır. Bu sebeple internet üzerinden oy kullanmak üzere ulaşılan arayüz, olağan her insan tarafından kolaylıkla anlaşılabilir şekilde tasarlanmalıdır. İkinci kriterlere göre oy kullanma sistemi, sakatlık veya malullük gibi özel ihtiyaçları olan kimselerin de oy kullanabileceği şekilde düşünülmelidir³⁹. Örneğin görme problemi yaşayan seçmen, oyunu kullandığı sırada sistemin arayüzünden sesli yardım alabilmelidir. Üçüncü olarak internette oy vasıtalarına herkes tarafından ulaşılmadıkça internette oy kullanımının yanında başkaca oy kullanma yöntemleri de seçmenlere seçenek olarak sağlanmalıdır. Bu noktada herkesin bilgisayar vb. cihazlara ulaşmasının her zaman mümkün olmadığı hatırlanmalıdır⁴⁰. Haliyle seçmenin dilediğinde başvurabileceği ikinci bir oy kullanma seçeneği olmalıdır⁴¹. Son olarak oy kullanımı gerçekleşmeden önce seçmenin kullandığı oyun gerçek bir seçim açısından etki doğuracağı açıkça belirtilmeli ve seçmenin dikkati bu noktaya yönlendirilmelidir.

Öğretide internette oylamanın genel oy ilkesi açısından açıkları bulunduğu ve bunların üzerine çalışılması gerektiği de belirtilmiştir. Örneğin oyların kaybolması, oylama sistemine karşı gerçekleştirilecek olası bir saldırının seçim sonuçlarını etkilemesi genel oy ilkesi açısından önemli kaygılardan bazılarıdır⁴². Bu kaygılara karşı gerekli önlemler alındığı takdirde geleneksel oylama yöntemlerinin yanında internette oylama gibi yeni tek-

³⁸ Avrupa Konseyi, Recommendation CM/Rec(2017)51 of the Committee of Ministers to Member States on Standards for E-voting, <https://rm.coe.int/0900001680726f6f> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020, s. 3.

³⁹ Aslında bu kriter, kişisel oy ilkesi kapsamında girmektedir. Ancak tavsiye kararda kişisel oy ilkesine yer verilmediği ve kişisel oy ilkesinin geleneksel kapsamındaki unsurların diğer ilkelere dağıldığı görülmektedir.

⁴⁰ **Goos, Kertsin-Beckert, Bernd-Lindner, Ralf**: Electronic, Internet-Based Voting, İçinde: Lindner, Ralf-Aichholzer, Georg-Hennen, Leonhard (Ed.), Electronic Democracy in Europe, e-kitap, Springer, 2016, s. 142.

⁴¹ Nitekim Estonya internette oy kullanımını mümkün kılsa da istendiği takdirde seçmenlerin seçim günü, seçim merkezlerinde oy kullanımına imkân tanımaktadır. <https://www.valimised.ee/en/internet-voting/questions-about-i-voting> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁴² **Goos-Beckert-Lindner**, s. 142.

nolojilerin seçmenlere seçenek olarak sağlanması ulaşılabilirlik anlamında olumlu sonuçlar verecektir. Ulaşılabilirliğin artırılması da oy hakkını genelliğini güçlendirecek bir uygulamaya işaret etmektedir⁴³.

Görüldüğü üzere genel oy ilkesinin alışlagelmiş kapsamı ile Avrupa Konseyi'nin 2017 tarihli internetten oylamayı da içine alan tavsiye kararındaki genel oy ilkesi kapsamı tam anlamıyla örtüşmemektedir. Buna ek olarak internetten oylama bağlamında öğretilerdeki görüşler de oy hakkının genelliğini farklı bir kapsamda değerlendirmektedir. Bu farklılaşmanın sebebi genel oy ilkesinin klasik tanımının oy hakkının demokratik ilkeleri bağlamında tarihi bir gelişimi de arkasına almasıdır. Zira genel oy hakkının klasik tanımında tarihi diyalektik içerisinde çeşitli statü mücadelelerinin yansımaları ve bu çatışmanın modern insan hakkı bakış açısı içerisinde vardığı son nokta görülmektedir. İnternette oylama bağlamında genel oy ilkesi ise bilişim çağının gerekliliklerini vurgulamakta ve bu bağlamda çeşitli kriterler sunmaktadır. İnternette oylama bağlamındaki genel oy ilkesi, seçmene eşit ve makul şartlarda imkân sunularak internetten oylamanın gerçekleştirilmesini hedeflemektedir. Biz genel oy ilkesinin klasik kapsamı ile internetten oy ilkesi bağlamındaki genel oy ilkesi kavramını ortak bir noktada buluşturmayı deneyerek yeni bir tanım önermeyi deneyeceğiz: Bütün bu açıklamalar bağlamında genel oy ilkesi, herhangi bir ayrıcalık olmaksızın herkesin eşit şartlarda oy kullanabileceği standartların sunulması ve oy kullanma sürecinin buna göre dizaynını sağlamaktadır.

b. Eşit Oy İlkesi

Eşit oy ilkesi her seçmenin bir oy kullanabilmesi ve bu oyun da seçim sonucuna eşit etki etmesini sağlamaktadır⁴⁴. Burada seçmenlerin eşitliğinden öte kullanılan oyun sayısı ve etkisinin eşitliğine işaret edilmektedir⁴⁵. Eşit oy ilkesinin açıklanan geleneksel kapsamı, internetten oylamaya gelindiğinde genişlemektedir. Bu genişleme kendisini Avrupa Konseyi'nin 2017 tarihli tavsiye kararında göstermektedir.

⁴³ Avrupa Konseyi, Rec(2004)11, s. 30. Avrupa Konseyi'nin bu yöndeki 2005 tarihli e-oylamaya ilişkin kararı için için bkz. [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Rec\(2004\)_11_Eng_Evoting_and_Expl_Memo_en.pdf](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Rec(2004)_11_Eng_Evoting_and_Expl_Memo_en.pdf) (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁴⁴ **Karamustafaoglu**, Tunçer: Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 129; **Teziç**, Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 315.

⁴⁵ **Akartürk**, s. 5.

Tavsiye karar gereği ilk olarak oy kullanımına ilişkin bütün resmi bilgiler, seçmenlere eşit şekilde sağlanmalıdır. Buradaki bilgilendirme, kendisini iki alanda gösterecektir: 1) Oylama vasıtaları ve 2) oylama vasıtaları dışında. Oylama vasıtaları kapsamında eşit bilgilendirmeye ilişkin internetten oylama için önem arz eden husus oylama arayüzüdür. Şöyle ki internetten oylamanın gerçekleşeceği arayüz, bu arayüzü kullanan herkesin anlayabileceği şekilde tasarlanmalıdır. İlkesel anlamdaki eşitlik burada kendisini göstermektedir. Seçmeni bilgilendirmenin kendisini gösterdiği diğer bir alan ise oylama vasıtaları dışındaki alandır. Burada akla internet, bilgisayar vb. teknolojik imkanları olmayan kişiler gelmektedir. Bu kişiler için de seçim süreci ve oylamaya ilişkin bilgilendirmenin eşit şekilde sağlanması gerekir. Bir başka deyişle teknolojik imkana sahip olan ile olmayan arasında asgari bilgilendirme açısından bir fark olmaması gerekir.

İkinci olarak internetten oylama ile internetten oylama dışındaki bir yöntemin birer seçenek olarak bir arada kullanıldığı bir seçimde, oyların sayımında güvenli yöntemler kullanılmalıdır. Kuşkusuz her seçim sisteminde güvenli yöntemler kullanılmalıdır. Ancak, anılan güvenden anlaşılması gereken bir kişinin birden fazla oy kullanmasını ya da oy kullanmış kişinin sistemden kaynaklı hataya kurban gitmesini önlemektir. İnternette oylama uygulamasının olduğu bir sistemde, seçmene bir seçenek olarak internetten oylama haricinde başkaca bir oylama metodu da sunulmaktadır. Seçmenin iki oylama yönteminden birisini tercih edebildiği bir oylama sürecinin güvenlik dizaynı daha da dikkatli olmayı gerektirmektedir. Üçüncü olarak seçmenin kim olduğu herhangi bir hataya düşmeden diğerlerinden ayrılabilmelidir. Böylece oyların birbiriyle karışmaması sağlanmaktadır. Bu hususun önemi ise özellikle oyların sayımında kendisini göstermektedir. Çünkü sayım işleminden önce oyların kime ait olduğunu ortaya çıkarabilecek şifrelerin karılması şeklinde bir uygulama mevcuttur⁴⁶. Bu karma işleme rağmen oylar birbirine karışmamalıdır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra internetten oylama için eşit oy ilkesinin kapsamı somutlaştırılmalıdır. Eşit oy ilkesinin genel kapsamı seçmenin kullandığı oy sayısı ve oyun etkisinin eşitliğinin şeklinde somutlaşırken, internetten oylama açısından eşit oy ilkesi bilişim vasıtaları sayesinde mükerrer ve fazla oy ihtimalini engellemesi şeklinde somutlaşmaktadır. Bu somutlaştırma göstermektedir ki eşit oy ilkesinin klasik kapsamı ile Avrupa

⁴⁶ <https://www.valimised.ec/en/internet-voting/introduction-i-voting> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

Konseyi'nin 2017 tarihli internetten oylamayı da içine alan tavsiye kararındaki eşit oy ilkesi kapsamı örtüşmektedir.

c. Serbest Oy İlkesi

Serbest oy ilkesi, seçmenin hiçbir baskı, zorlama, siyasal veya ekonomik etkiye maruz kalmadan özgür iradesiyle oy vermesini sağlamaktadır⁴⁷. Serbestlik seçmenin serbestçe kanaat oluşturması ve bu kanaati serbestçe ifade edebilmesi şeklinde iki alt görünümüne sahiptir⁴⁸. Bu ilkenin Avrupa Konseyi'nin 2017 tarihli internetten oylamayı kapsayan tavsiye kararındaki yansımaları dikkat çekmektedir.

Tavsiye karara göre öncelikle internetten oylama sistemi seçmenin oyunu manipüle edebilecek bir unsur içermemelidir. Bu manipülasyon çeşitli şekillerde olabilir. Oy kullanma arayüzünün seçmene acele karar verdirecek şekilde tasarlanması veya onay almadan oy kullanılmasına yol açacak şekilde yön gösterilmesi seçmenin iradesini tahrif edebilecektir. Özellikle oylama yönteminin tercih edilebilir olduğu seçimlerde (örneğin seçmen için hem elektronik oylama hem de sandık başında oylamanın mümkün olması), seçmen oylama yöntemini önceden belirtmek zorunda bırakılmamalıdır. Yani herhangi bir otorite tarafından seçmene hangi yöntemle oy kullanacağı hiçbir şekilde sorulmamalı ve seçmeni bunu belirtmeye itmeyecek önlemler alınmalıdır. Bu noktada internetten oylamaya yönelik bir eleştiri olarak seçmenin oy kullanırken aile üyelerinden ve sosyal çevresinden her türlü etkiye açık olabileceği ihtimali öne sürülebilir⁴⁹. Özellikle seçim düzenlemele-
rindeki yasaklamaların aile hayatı ve sosyal ilişkilere müdahalesinin son derece kısıtlıdır. Öğretideki bir görüşe göre bu müdahaleler diğer seçim yöntemlerinde de mevcuttur ve bu kaygı sadece internetten oylamaya özgü bir problem olarak algılanmamalıdır⁵⁰. İşte bu noktada seçmenin seçim gününe kadar internetten kullandığı oyu dilediği kadar ve istediği zamanda değiştirebilmesi olası dış etkilere karşı bir emniyet mekanizması oluşturmaktadır.

⁴⁷ **Karamustafaoğlu**, s. 159; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 312; **Akartürk**, s. 54.

⁴⁸ **Akartürk**, s. 55-56.

⁴⁹ Nitekim bu husus mektupla oylama açısından 2008 yılında Anaya Mahkemesinin (AYM) önüne gelmiştir. Yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının mektupla oy verebilmesine imkân veren yasa maddesi AYM tarafından serbest ve gizli oy ilkeleri bağlamında iptal edilmiştir. AYM - GK, E. 2008/33, K. 2008/113, T. 29.5.2008.

⁵⁰ **Goos-Beckert-Lindner**, s. 145.

Bir başka husus olarak internette oylama sisteminde geçersiz oy kullanıldığı takdirde seçmen sistem tarafından uyarılmalıdır. Ayrıca, oy kullanma işleminden sonra seçmen, kullandığı oyun içeriğini doğrulayabilmeli ve sistemde şifrelenmiş şekilde saklanan oyun değiştirilmediğini teyit edebilmelidir. Bu doğrulama ve teyit aynı zamanda internette oylama aşamalarında gerçekleşmiş olabilecek hata veya kötüye kullanımın tespit edilebilir olmasını sağlamaktadır. Aynı şekilde internette oylama sistemi, seçmene oyunun seçim sonuçlarına etki edip etmediğini teyit edebileceği makul bir yöntem sunmalıdır. Bu teyit mekanizması internette oylama mekanizmasından bağımsız şekilde doğrulanabilirliği sağlamalıdır. Son olarak internette oylama sistemi, oy kullanma işleminden sonra seçmene, oyun başarılı şekilde kullanıldığını ve bütün oy kullanma sürecinin tamamlandığına ilişkin bir bildirimde bulunmalıdır.

d. Gizli Oy İlkesi

Gizli oy ilkesi, seçmenin kullandığı oydaki iradenin başkaları tarafından bilinmesini engellemektedir⁵¹. Böylece seçmen, iradesini dış etkenlere maruz kalmadan sandığa yansıtacaktır⁵². Aslında gizli oy ilkesi serbest oy ilkesinin bir tür görünümüdür. Ancak gizli oy ilkesinin çalışma konusuyla nitelikli bir bağı bulunması sebebiyle bu ilke ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

Öğretide gizli oy ilkesinin gerçekleşebilmesi için resmi amblemli oy zarfı ve kapalı oy verme yöntemleri olmazsa olmaz iki ön koşul olarak belirtilmiştir⁵³. Ne var ki anılan ön koşulların internette oylamaya uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple gizli oy ilkesinin kapsam ve içeriği, internette oylama açısından yeniden ele alınmalıdır.

Anılan kapsam ve içeriğin belirlenmesi sırasında Avrupa Konseyi'nin 2017 tarihli tavsiye kararı referans alınabilir. İlgili tavsiye karar sistematik bir hale getirildiğinde internette oylamada seçmenin oyunun gizliliği, “seçmen-oy” ve “oy-seçim sistemi” ilişkisi şeklinde iki aşamada incelenmelidir. Birinci aşama seçmenin oyu ile kendi arasındaki ilişkiye ilişkindir. Bu aşamada seçmene oyunu gizleyebileceği bir alan sağlanmalıdır. Bu alanın somutlaştırılması kare kod veya güvenlik kodlarıyla yapılmaktadır. İnternette

⁵¹ **Teziç**, s. 316; **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 309; **Akartürk**, s. 60; **Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 203.

⁵² **Kocamustafaoğlu**, s. 156.

⁵³ **Teziç**, s. 317.

oylamada oy kullanımından sonra seçmenin teslim aldığı doğrulama içeriği bir kare kod veya güvenlik kodu şeklindedir. Böylece kare kod veya güvenlik kodunun başkalarına gösterilmesi halinde dahi seçmenin hangi oyu kullandığı anlaşılacaktır. Bu noktada eleştiri olarak seçmenin oy kullanımı sırasında kendini videoya alması ve bu videoyu başkalarına gösterilmesi örneği verilebilir. Ancak bu durum internetten oylama dışındaki seçim yöntemlerinde de cereyan etmektedir. Örneğin oy pusulası vasıtasıyla seçim merkezlerinde yapılan seçimlerde seçmenlerin oy kabinine cep telefonu ile girmelerine izin verilmemektedir. Bu tedbire karşın seçmen yanına alacağı ikinci bir cep telefonu vasıtasıyla kime oy verdiğini fotoğraflayabilmektedir. Zira bu durum Türkiye'deki seçimlerde kanıksanmış bir hali yansıtmaktadır. Unutulmamalıdır ki internetten oylamada seçmen oyunu seçim gününe kadar dilediği zaman değiştirebilmektedir. Haliyle internetten oylama sırasında kullanılan oyun değiştirilebilir olması sebebiyle oy kullanım anında çekilen videonun bir işlevi kalmayacaktır.

İkinci aşama seçmenin oyu ile seçim sistemi arasındaki ilişkiye ilişkindir. Nitekim seçim sistemi seçmenin oyunu gizli tutmayı sağlayacak güvenceler içermelidir. Böylece yetkisiz kişiler seçmenin oyunun ne olduğuna ilişkin bilgi edinemeyecektir. Bu noktada iki hususun gizliliği sağlanmalıdır: Birincisi seçmenin bilgilerinin gizliliğidir. İnternetten oylama sistemi seçmenin bilgilerini saklayacak güvenceleri içermelidir. Bu güvencelere ek olarak da seçmen bilgilerinin kötüye kullanımını engelleyecek ek tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlere örnek olarak kişisel verilerin korunması hukukundaki veri minimizasyonu ilkesinin bir uzantısı olarak sadece gerekli kişisel veriler sisteme girilmesi gösterilebilir⁵⁴. Örneğin bir süre daha kullanılmaya devam edecek olan eski tür kimliklerin üzerinde bulunan “dini” hanesinde kişilerin dini inancı yer almaktadır. Bu bilginin oylama faaliyetine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple seçim otoritelerinin böylesi bir özel nitelikli kişisel veriyi bünyelerinde bulundurmaması gerekir. Gereğinden fazla girilen veya kullanması elzem olmayan kişisel verilerin sistemde yer alması her zaman kötüye kullanım riskini ve kötüye kullanım ihtimalinde doğacak olumsuz sonucun etkilerini artırıcı bir faktördür. İkinci husus da seçmenin kullandığı oya ilişkin iradesinin saklanmasıdır. Özellikle oyların sayım sürecinde seçmenlerin anonim kalabilmesi son derece önemlidir. Anonimlik için sayım sürecinde oy ile seçmenin kimliği arasında herhangi bir bağ kurulamamalıdır. Seçmenin iradesinin gizli tutulması noktasında

⁵⁴ Veri minimizasyonuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Carey, Peter: Data Protection, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 35-36.

yapılması gerekenlerden birisi de seçmenin internetten oy kullandığı sırada tercih değişikliği yapması halinde bu değişiklik bilgilerinin de gizli tutulmasıdır.

e. Kişisel Oy İlkesi

Kişisel oy ilkesi gereğince seçmen, herhangi bir aracı veya temsilci kullanmadan oyunu bizzat kendisi kullanmalıdır⁵⁵. Bu ilkenin arka planında oy hakkının kişiye bağlı olması fikri yatmaktadır⁵⁶. Bu sebeple oy hakkının icrası doğrudan oy veren kişi tarafından gerçekleştirilmelidir⁵⁷. Anılan ilkenin mutlak suretle uygulanması görevi, sakatlığı, hastalığı vb. sebeplerden ötürü fiilen oy kullanması mümkün olmayan kişilerin hak kaybına yol açacaktır. Bu hak kaybını önlemek amacıyla gıyabi oy yöntemleri kullanılmaktadır. Öğretide gıyabi oy yöntemleri olarak evde oy, bulunulan yerde oy, vekaleten oy veya elektronik oy sayılmıştır⁵⁸. Çalışmamızın bu bölümünden gıyabi oy yöntemlerinden elektronik oyun alt başlığı olan internetten oyun kişisel oy ilkesine uygunluğu incelenecektir.

Uzaktan oy kullanma yöntemlerine yönelik başlıca eleştirilerden birisi oy kullanan kişinin belirlenmesinde yaşanacak olası sorunlardır. Öğretide internetten oy kullanmak üzere seçmenin sisteme girmesi için gereken bilgilerin başkalarına verilerek oyun kullanılabilmesi eleştirilmiştir⁵⁹. Hatta kişiler bu yolla oylarını satabileceklerdir. Bu durum da kişisel oy ilkesine aykırılık yaratacaktır. Ancak, bu aykırılığın internetten oylamayla giderilmesi mümkündür. Hem oyun bizzat kullanılmasını sağlayabilecek hem de oyun metalaştırılmasının önüne geçebilecek bir çözüm yolu internetten oylama yönteminin kullanıldığı Estonya'da mümkün kılınmıştır.

Estonya'da internetten oy kullanımı seçim gününden önceki üç gün boyunca devam etmektedir. Yani seçmen isterse bir gün önce internetten kullandığı oyu yine internetten değiştirebilmektedir. Hatta daha önceden internetten oy kullanan seçmen dilerse seçim günü, seçim merkezine giderek internetten kullandığı oydan bağımsız olarak yeni bir oy kullanabilmektedir. Bu takdirde seçmenin daha önceden kullanmış olduğu oylar geçersiz hale gelmektedir. Yani seçmenin oyu metalaştırılsa dahi sistem buna karşı seç-

⁵⁵ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 308; **Akartürk**, s. 63.

⁵⁶ **Kocamustafaoğlu**, s. 140.

⁵⁷ **Akartürk**, s. 63.

⁵⁸ Anılan yöntemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 308-309; **Akartürk**, s. 63-64.

⁵⁹ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 662.

menin gerçek iradesini yansıtabilmesi için ek imkanlar sağlamaktadır. Aynı zamanda seçmen dilerse oy merkezine giderek bizzat oyunu da kullanabilmektedir. Yani seçmen, tercihi ile oy pusulası arasında bir vasitanın bulunduğunu düşünüyorsa dahi seçim günü seçim merkezlerinde doğrudan oy kullanma imkanına sahip olabilmektedir⁶⁰. Haliyle internetten oylamanın kişisel oy ilkesine aykırı olduğunu düşünmemekteyiz⁶¹. Kaldı ki seçmenin oyunun başkaları tarafından satın alınması vb. fiiller Estonya’da adli suç olarak düzenlenmiştir⁶². Böylece aslında oy hakkının kişiselliği ilkesinin cezai yaptırımlarla tesis edilmeye çalışıldığı da görülmektedir.

f. Açık Sayım ve Döküm İlkesi

Açık sayım ve döküm ilkesi, kullanılan oyların sayım ve dökümünün aleni şekilde isteyen herkesin huzurunda yapılmasını ifade eder⁶³. Açık sayım döküm ilkesinin arka planında seçimin hile veya yanlışlık olmaksızın gerçekleşmesi fikri yatmaktadır. Böylece seçim dürüst bir şekilde gerçekleştirilecektir. Bu ilkenin somutlaşması genellikle oyların sayım ve dökümünün sandık kurulu huzurunda ve yönetiminde herkese açık şekilde yapılmasıyla sağlanmaktadır⁶⁴. Anılan ilke oyun kullanıldığı an ile seçim sonuçlarının açıklandığı an arasında sayım ve döküm işlemlerinin şeffaf şekilde yapılmasını hedeflemektedir. Bu sebeple açık sayım ve döküm ilkesi aslında oy hakkının niteliğine ilişkin bir kriter sağlamamaktadır. Ancak oylama

⁶⁰ <https://www.valimised.ee/en/internet-voting/questions-about-i-voting> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁶¹ Aynı yönde: **Goos-Beckert-Lindner**, s. 145. Aksi yönde bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 662. Uzaktan elektronik oylamanın Anayasa’daki kişisel oy ilkesine aykırı olması sebebiyle Polonya’da anayasa değişikliğine gidilmesi de bu noktada önemli örneklerden birisidir. **Musial-Karg**, Magdalena: Electronic Voting as an Additional Method of Participating in Elections. Opinions of Poles, İçinde: Krimmer, Robert-Volkamer, Melanie-Jordi, Barrat-Josh, Benaloh-Goodman, Nicole-Ryan, Peter Y.A.-Teague, Vanessa (Ed.), Electronic Voting First International Joint Conference, E-Vote-ID 2016 Bregenz, Austria, October 18-21, 2016 Proceedings, e-kitap, Springer, 2016, s. 220.

⁶² Örneğin Estonya Ceza Kanunu’nda seçme ve seçilme hakkının ihlali başlıklı 162. maddesinde seçmenin oyunun herhangi bir değer karşılığında yönlendirilmesi bir suç olarak düzenlenmiştir. Böylece oyun satın alınması şeklindeki fiiller adli ceza yaptırımına bağlanmıştır. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/522012015002/consolide> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020. Bu suç tipinin benzeri Türk mevzuatında da bulunmaktadır: Haksız oy temini suçu (Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun Madde 152)

⁶³ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 312; **Akartürk**, s. 54.

⁶⁴ **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 312.

sürecinin bütünselliği düşünüldüğünde, açık sayım ve döküm ilkesi, oy hakkının niteliği için bir güvence oluşturmaktadır. Bu güvence özelliği sebebiyle bu bölümde anılan ilkeye internetten oylama açısından değinilmiştir.

İnternette kullanılan oyların sayımı sırasında gözlemciler hazır bulunabilmektedir. Örneğin Estonya’da herkesin seçim gözlemcisi olabilmesine imkân sağlanmaktadır. Hatta gözlemci olmak isteyenler, seçimlerden önce, sayım işlemlerinin nasıl gerçekleştiğini öğrenebilmeleri adına bir eğitimden geçirilmektedirler⁶⁵. Ancak internetten kullanılan oyların sayımı bir yazılım aracılığıyla gerçekleştiği için bu noktada sayım işleminin gözlemciler tarafından anlaşılabilmesi veya denetlenebilmesi zorlaşmaktadır⁶⁶. Buradaki zorluk, internetten oylamanın açık sayım ve döküm ilkesine aykırı olduğu sonucunu doğurmaktadır.

Başka bir açıdan bakıldığında açık sayım ve döküm ilkesinin kapsamı, duyu organları vasıtasıyla oyların sadece fiziki varlığı üzerinden bir denetim sağlamaktadır. Oysa internetten oylamada oyların dijital bir varlığı bulunmaktadır. Haliyle açık sayım ve döküm ilkesinin kapsamı ile oyların dijital ortamda bulunduğu internetten oylama uygulaması örtüşmemektedir. Bu sebeptir ki internetten oylamalarda açık sayım ve döküm ilkesinin işlevini görece şekilde şeffaflık, denetlenebilirlik ve sistem güvenliği kriterlerini içine alacak şekilde yeni ilkeler getirilmektedir. Örneğin Estonya Anayasası’nda serbest, genel, eşit, kişisel ve gizli oy ilkesine yer verilmişken açık sayım ve döküm ilkesinden bahsedilmemektedir⁶⁷. Açık sayım ve döküm ilkesinin hedeflediği şeffaflık, denetlenebilirlik ve güvenlik işlevleri ise yasa düzenlemeleriyle sağlanmaktadır⁶⁸.

İlk bakışta şeffaflık ve denetim kriterlerinin, internetten oylamaya nazaran seçim merkezinde oylama yöntemiyle (elektronik olmayan) yapılan seçimlerde daha kolay sağlanabileceği düşünülmektedir. Çünkü bu tür elektronik olmayan merkezi oylamaların denetimi, fiziksel olarak var olan oy pusulaları, oy sandıkları veya oy sayım tutanaklarına dayanmaktadır. Haliyle bu sayılan hususlar seçmenler veya seçim görevlileri tarafından duyu

⁶⁵ <https://www.valimised.ee/en/internet-voting/observing-auditing-testing> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁶⁶ Bu yüzdendir ki seçimlerde kullanılacak yazılımlar seçimden önce sertifikalandırılmakta ve ayrıca denetime açılmaktadır. **Yard**, s. 70.

⁶⁷ Madde 60. Metnin İngilizce çevirisi için bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015.pdf?lang=en (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁶⁸ **Madise, Ülle-Vinkel, Priit**: “*Constitutionality of Remote Internet Voting: The Estonian Perspective*”, *Juridica International*, XVIII, 4-2011, sa. 4-16, s. 8.

organlarıyla denetlenebilmektedir. İnternette oylamada ise bu tür klasik bir denetim mümkün değildir. Bunun yerine seçime ilişkin verilerin seçime etki etme şekli, kullanılan yazılım, şifreleme yöntemi, veri tabanı veya iletişim teknolojisi ağının denetlenmesi ve sertifikalandırılması söz konudur. Öğretilen bu unsurların seçim sırasında veya sonrasında denetlenmesinin mümkün olmayacağı iddia edilmektedir⁶⁹. Bu iddianın değerlendirilmesi ise salt hukuki bir konu değil, aynı zamanda bilimsel ve teknik bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bahsedilen iddiayı aşmak için uygulamada seçmenlerin internette kullandıkları oylara ilişkin kaynak kodunu (“*source code*”) yayınlayan ülkeler bulunmaktadır (Örneğin 2011 Norveç pilot yerel seçimleri⁷⁰). Ancak bu kaynak kodları kullanılan oya ilişkin herhangi bir hata veya kötüye kullanım olup olmadığını tespit etmeye tek başına yeterli değildir. Bu noktayı aşmak için de doğrulanabilir oylama (“*verifiable voting*”) sistemi önerilmiştir⁷¹. Doğrulama bireysel ve genel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bireysel doğrulamada seçmen, oyunun sisteme tercihini yansıtacak şekilde işlenip işlenmediğini tespit etmektedir. Genel doğrulamada ise herkes tarafından işlemenin yapıp yapılmadığı kontrol edilebilmektedir. Doğrulama diğer güvenlik gerekliliklerine -özellikle seçmen gizliliğine- ilişkin bir teminat sağlamamaktadır⁷².

Bir diğer önemli husus ise yazılımın güvenilirliğidir. İnternette oylamada kullanılan oylar seçim sonucunu yansıtmaktadır. Ancak, oyların bir sistemde toplanarak belli bir sonuca ulaşılması kullanılan yazılıma bağlıdır. Eğer yazılımda bir problem varsa doğal olarak bu durum, seçim sonucunu değiştirecektir. Zira gün geçtikçe artan ihtiyaçları karşılamak adına daha karmaşık yazılımlar üretilmekte ve bu karmaşıklık sebebiyle de bir yazılımdaki bütün hata veya değişimleri tespit etmek hem çok uzun sürmektedir hem de son derece pahalıdır. Hatta böylesi bir sistemdeki bütün olası hata-

⁶⁹ **Muş, Köksal-Kiraz, Mehmet Sabır-Cenk, Murat-Sertkaya, İsa:** “*Estonian Voting Verification Mechanism Revisited*”, IACR Cryptology ePrint, Computer Science, Political Science, 2016, sa. 1-18, s. 15.

⁷⁰ Technical Report: Source Code Audit of Norwegian Electronic Voting System – Ministry of Local Government and Regional Developments. https://roselabs.nl/files/audit_reports/mnemonic_-_Norwegian_electronic_voting_system.pdf (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020, s. 2.

⁷¹ **Puiggali, Jordi-Cucurull, Jordi-Guasch, Sandra-Krimmer, Robert:** Verifiability Experiences in Government Online Voting Systems, İçinde: Krimmer, Robert-Volkamer, Melanie-Barrat, Jordi-Benaloh, Josh-Goodman, Nicole-Ryan, Peter Y.A.-Teague, Vanessa (Ed.), *Electronic Voting*, e-kitap, Springer, 2017, s. 249.

⁷² Doğrulanabilir oylama yöntemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Puiggali-Cucurull-Guasch-Krimmer**, s. 249 vd.

ların tespitinin mümkün olmadığı dahi iddia edilmektedir⁷³. Bu olası açığa çözüm olarak yazılımdan bağımsız sistemler geliştirilmektedir. Yazılımdan bağımsız oylama sistemi, yazılımın doğru çalışıp çalışmadığının denetlenmesi sırasında seçim sonuçları ile kullanılan oyların uyumunun olup olmadığının yazılımdan ayrı olarak tespit edilebilmesi anlamına gelmektedir⁷⁴. Yazılıma bağlı olmayan sistemlerde yazılım kötüye kullanıma tabi olsa dahi seçimin sonucu değişmemektedir⁷⁵.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere açık sayım ve döküm ilkesi internette oylamaya uygulanabilir değildir. Ancak, bu durum internette oylamanın, oy hakkının demokratik ilkelerine aykırı olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Çünkü açık sayım ve döküm ilkesi elektronik olmayan merkezi oylamalar için öngörülmüş bir ilkedir⁷⁶. Bu sebeple yapısı gereği anılan ilkenin internette oylamaya uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki açık sayım ve döküm ilkesinin işlevini gören denetlenebilirlik, şeffaflık ve güvenlik kriterleri ile internette oylamada da açık sayım ve döküm ilkesinin hedeflendiği noktaya varılabilemesinin teorik olarak mümkün olabileceği iddia edilmektedir. Ancak bu iddia tartışmalıdır. Bu noktada sadece hukuki tartışmalar nihai bir sonuca ulaşmak için yetersizdir. Zira güvenlik, denetim ve şeffaflık konusunu sağlayacak teknolojik alt yapının bilimsel ve teknik açısından ayrıca değerlendirilmelidir.

IV. OY HAKKININ NİTELİĞİNİN İNTERNETTE OYLAMA KARŞISINDA DÖNÜŞÜMÜ

Oy hakkına hâkim olan ilkeler ile demokrasi kavramı arasında bir korelasyon bulunmaktadır. Şöyle ki demokrasilerde karar alma ve/veya temsilci belirleme için oylama yapmak kaçınılmaz bir sonuçtur⁷⁷. Oylamayla

⁷³ 2011 yılında seçimlerin iptal edilmesi için bir üniversite öğrencisi Estonya Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Başvuruya göre öğrenci, yayılma özelliği bulunmayan bir tür virüs geliştirmiştir. Bu virüs bir grup seçmenin oylarını manipüle edebilecek niteliktedir. Başvurucunun iddiasına göre böylesi bir virüs saldırısı sonrasında, anılan saldırı uzun süre fark edilemeyecektir. Estonya Anayasa Mahkemesi ise anılan şekilde bir virüsün kullanılması halinde ortaya çıkacak olası sonuçlar sebebiyle seçimin iptal edilmeceğine karar vermiştir. <https://www.riigikohus.ee/en/constitutional-judgment-3-4-1-4-11> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁷⁴ Rivest-Virza, s. 6.

⁷⁵ Rivest-Virza, s. 8.

⁷⁶ İlginçtir ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda açık sayım ve döküm ilkesine açıkça yer verilmesine (Madde 67/2) rağmen seçim kanununda (298 Sayılı Kanun m. 94/A) belli hallerde elektronik oylamanın yapılabileceği esasına yer verilmiştir.

⁷⁷ Akartürk, s. 13.

egemenliğin küçük alt birimlerini oluşturan birey iradeleri somutlaşmakta ve o toplumu oluşturan bütün bireyler için bağlayıcı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. İşte bu noktada bireyin egemenlik pastasından payına düşen iradesini nasıl kullanacağı, anılan pastanın hangi kıstaslara göre pay edildiği oy hakkını şekillendirmektedir.

Siyasi katılım açısından demokrasi, doğrudan ve temsili demokrasi şeklinde ikiye ayrılır. Doğrudan demokraside, yasaların yapılışı ve kamu gücüne ilişkin kararlar bizzat halk tarafından alınmaktadır⁷⁸. Ancak nüfusun artmasıyla doğrudan demokrasinin uygulanabilirliği de ortadan kalkmıştır. Böylece günümüzde doğrudan demokrasinin yerini temsili demokrasiler almıştır. Temsili demokraside ise egemenliğin sahibi olan millet doğrudan bu egemenliği kullanmamakta ve egemenliğin kullanımını kendisini temsil eden kişi veya organa devretmektedir⁷⁹. Nitekim günümüzde hakim olan yönetim biçimi de temsili demokrasidir. En küçük mahalli idare olan köyde bile kararlar muhtar veya ihtiyar meclisi aracılığıyla alınmaktadır. Haliyle oy hakkının demokratik ilkeleri de temsili demokrasinin unsurları ve ihtiyaçları etrafında şekillenmiştir. Ne var ki, oy hakkının demokratik ilkelerinin klasikleşmiş kapsamı, günümüzdeki bilişime dayalı ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Bunun sebebi ise basittir: Normatif düzenleme yapma mekanizmalarının kırtasiye yükü ve şekli gereklilikleri sebebiyle teknolojik gelişmelere en geç tepki veren disiplin hukuktur. Bunun sonucunda oy hakkının demokratik ilkelerinin gelişimi de teknolojik gelişmelerin gerisinden seyretmekte ve mevcut ihtiyaçlara cevap vermekte eksik kalabilmektedir. Bu eksikliğin hissedildiği alanlardan birisi salgın hastalıkların kontrolden çıktığı durumlardır.

COVID-19⁸⁰ salgını sebebiyle yakın geçmişteki seçimlerin nasıl yapılacağı İngiltere, Dominik Cumhuriyeti ve Polonya'da gündeme gelmiştir. İngiltere'de Mayıs 2020'de gerçekleşmesi beklenen yerel seçimler Mayıs 2021'e ertelenmiştir⁸¹. İlk başta 17 Mayıs 2020'de gerçekleşmesi beklenen Dominik Cumhuriyeti genel seçimleri⁸² de 5 Temmuz 2020'de yapılmıştır. Aynı şekilde 10 Mayıs 2020'de gerçekleşmesi öngörülen Polonya başkanlık

⁷⁸ Teziç, s. 298.

⁷⁹ Teziç, s. 280.

⁸⁰ Yeni koronavirüs hastalığı ("*corona virus disease 2019*").

⁸¹ <https://www.idea.int/news-media/news/switching-all-postal-voting-times-public-health-crises-lessons-poland> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁸² <https://www.as-coa.org/articles/explainer-dominican-republic-gears-two-crucial-elections> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

seçimi 12 Temmuz 2020'ye ertelenerek gerçekleşmiştir⁸³. Seçimden kısa bir süre önce Polonya uzaktan oy kullanmaya imkân verecek şekilde posta yoluyla oy kullanımına ilişkin yasal düzenlemeler çıkarmıştır⁸⁴. Bu düzenleme gereğince karantinede veya evde izleme altında olan kişilere seçim gününden on iki gün önceye kadar posta yoluyla oy kullanma imkânı verilmiştir⁸⁵. Seçimin ertelenmesinden önce mayıs ayında oyların tamamen posta yoluyla kullanılması için seçim kanununda değişiklik yapılmaya çalışılmış ancak bu değişikliğin hayata geçirilmesinin kısa sürede mümkün olmaması sebebiyle yeni sistemden vazgeçilmiştir⁸⁶. Polonya'daki örneğin aksine ABD'de 2020 başkanlık seçimlerinde salgın sebebiyle oyların önemli bir bölümünün posta yoluyla kullanılabilmesi mümkün olmuştur. Bu sonucun sebebi posta yoluyla oylama için gereken şartların kolaylaştırılmasıdır⁸⁷. Ancak bu kolaylaştırma beraberinde seçimdeki uygulamaların Amerikan Anayasa Mahkemesi'ne vardırarak hukuki süreçlere yol açmıştır⁸⁸. O kadar ki 2020 başkanlık seçimi ABD tarihinde en çok dava açılan seçim dönemi olmuştur⁸⁹.

Bu noktada akla seçimlerin neden ertelenmediği/ertelenemediği sorusu gelmektedir. Seçimleri ertelemek salgın gibi olağanüstü durumlarda bir geçici bir çözüm olsa da özellikle mevcut hükümetlerin olağanüstü durumun bilançosunu daha da ağır bir dönemde üstlenmemek adına seçimleri erteleme yoluna gitmemeyi tercih ettikleri görülmektedir. Herhangi bir ertelemenin

⁸³ <https://balkaninsight.com/2020/05/07/poland-postpones-presidential-election/> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁸⁴ <https://www.nytimes.com/aponline/2020/04/06/world/europe/ap-eu-poland-virus-outbreak-election-1st-ld-writethru.html> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁸⁵ <https://www.ifes.org/news/elections-poland-2020-presidential-election> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁸⁶ <https://www.theguardian.com/world/2020/jul/12/poland-presidential-election-too-close-to-call-voting-begins-andrzej-duda-rafa-trzaskowski>

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.usa.gov/absentee-voting> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

⁸⁸ Marci Andino, et al. v. Kylon Middleton, et al. (2020). Kararın tam metni için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a55_dc8e.pdf (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020. Karara Güney Karolina eyaleti yasaları kapsamında posta yoluyla kullanılacak oy için başka birisinin tanık olarak imzasını gerektiren düzenleme konu edilmiştir. İlk derece mahkemesi tanık gerekliliğinin salgın sebebiyle seçmen üzerinde yük olacağı gerekçesiyle ilgili düzenlemenin yürürlüğünü durdurmuş ancak Anayasa Mahkemesi seçimlere çok kısa bir süre kala seçim sisteminde değişiklik yapılmaması gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır.

⁸⁹ <https://www.ortadoguhaber.com/haberler/abd-de-secim-sonuclarini-mahkemeler-mi-belirleyecek> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

olmaması ülkeleri salgın sürecinde seçimin yapılabilmesini mümkün kılmak adına farklı çözümler bulmaya itmektedir. Bu noktada ülkeler ilk etapta geçici çözümler bulmaya çalışmaktadırlar (Örneğin posta yoluyla oylama). Ancak seçimlere kısa bir süre kalması karşısında bu değişikliklerin hayata geçirilememesi olumsuz sonuçlardan birisi olarak gösterilebilir (Örneğin 2020 Polonya başkanlık seçimi). Seçimlere kalan süre açısından bir olumsuzluk yaşamayan ülkelerde ise mevcut sistemde salgın sebebiyle kısıtlamaya gidilmesi seçimin meşruluğu tartışmasına yol açmaktadır (Örneğin 2020 ABD başkanlık seçimleri⁹⁰).

Yine de belirtmelidir ki COVID-19 salgınına kısa zaman içinde çözüm bulunamadığı takdirde önümüzdeki seçimlerin nasıl yapılacağı belirsizliğini korumaktadır. Seçimlerin yapılması kaçınılmaz olduğu için salgın döneminde seçimlerin yapılabilmesi adına birçok genel veya yerel seçim yönteminde yakın zamanda çeşitli değişikliklerin yapılmasını gerekecektir. Bu gerekliliğe cevap verebilecek makul seçeneklerden birisi internetten oylamadır. Ancak bu makul seçenek, oy hakkının demokratik ilkelerinin alışılmış kapsamına birebir uymamaktadır. Bu uyumsuzluğa rağmen düşünülmesi gereken nokta şudur: Belki de oy hakkının demokratik ilkelerinin alışılabilir kapsamı, salgın hastalıkların devam ettiği dönemdeki seçim ihtiyacına karşılık verecek bir sistemin önüne geçmektedir.

Alışılabilir oy hakkı ilkelerinin mevcut ihtiyacı karşılamakta zorlanabileceği bir diğer durum ise afetlerdir. Dünyanın değişen ekosistemi karşısında uzun bir döneme yayılabilecek çevresel felaketlerin yaşanması muhtemeldir. Böylesi durumlarda afetlerin dönemsel olarak olağan hayatın bir parçası haline gelmesi beklenebilir bir sonuçtur. Bu olasılık karşısında oy hakkının alışılabilir ilkelerinin somut ihtiyaca cevap veremeyeceği aşıkardır. Bu ilkelerin yeniden yorumlanması yoluyla internetten oylama sistemi, uzun süreli etkisi olabilecek bir felaket halinde oluşacak oylama ihtiyacına cevap verebilecek niteliktedir.

Kaldı ki herhangi bir salgın, doğal afet vb. bir hadise meydana gelmese dahi devlet tüzel kişiliği bünyesinde dijital vasıta kullanımının artışı, bilişim devriminin kamunun her alanına sirayet ettiğini göstermektedir. E-devlet, e-nabız, hayat eve sığar vb. uygulamalarla halihazırdaki kamu hizmetleri

⁹⁰ Pensilvanya ve Kuzey Karolina eyaletlerinde posta yoluyla oy kullanma sürelerinin uzatılması seçime damgasını vurmuştur. Amerikan Anayasa Mahkemesinin posta yoluyla oy kullanma son tarihini uzatılması ve böylece geç gelen oyların geçerli sayılmasına yeşil ışık yakması seçimin meşruluğu tartışmalarını beraberinde getirmiştir. İlgili kararın asıl metni için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a72_Shek.pdf (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

dijital platforma aktarılmaktadır. Devlet tüzel kişiliği bünyesinde böylesi bir devininin yaşanması şans eseri değildir. Nitekim teknolojik gelişmelerle birlikte gerçek hayatın giderek sanallaştığı bir noktaya gidilmektedir. Bu da bireylerin internet veya sanal platformlar üzerinden yapabilecekleri işlem sayısını giderek artırmaktadır. Bu artış yaşantımızda esaslı şekilde yer etmeye başlayan dijitalleşmenin bir görünümüdür. Böylesi bir dönemde oy hakkının da dijitalleşmesi ve internet vasıtasıyla kullanılabilir hale gelmesi olağandışı bir uygulama olmaktan çıkmaktadır. Nitekim Estonya'da 2005'te başlayan elektronik oylama süreci, bugün Estonya seçmenlerinin internette oy kullanılabileceği bir noktaya varmıştır. Ancak bu gelişmeler karşısında oy hakkına hakim olan demokratik ilkeler normatif düzeyde geride kalmaktadır. Bu geride kalış son derece doğaldır çünkü teknolojik değişim ve acil ihtiyaçlara karşı verilen disiplinler refleksler arasında hukuk bilimi son derece geriden gelmektedir. Haliyle anılan ilkeler yeniden değerlendirilmeli ve bu ilkeler için güncel bir kapsam belirlenmelidir. Aksi takdirde oy hakkına hakim olan ilkeler ile mevcut ihtiyaçlar uyuşmayacaktır. Oy hakkının bahsedilen bu dönüşümünün sadece günümüzle sınırlı olmadığı ve geleceği de şekillendirdiği unutulmamalıdır.

Yapay zekaların gelişimi, büyük verilerin verimli şekilde işlenebilmesi, derin öğrenme vb. teknolojilerin gelişmesi neticesinde önümüzdeki yıllarda temsili demokrasinin gerekliliğinin sorgulanabildiği bir noktaya varılabilir. Nihayetinde egemenlik anlayışı, toplum tarafından neyin kabul edilebilir ve neyin kabul edilemez olduğunu bu ayrımın ne gibi sonuçlar doğuracağını belirlemektedir. Günümüzde bu sistemi normlar sayesinde kurgulamaktayız. Normlar ise asli olarak yasama erkinin (tali olarak yürütme erki) çalışmasıyla ortaya çıkmaktadır. Nüfusun bu denli fazla olduğu bir dünyada ise herkesin yasama faaliyeti içerisindeki bir husus için oy kullanması referandum dışında mümkün olmamaktadır. Bu fiili imkânsızlık da temsili demokrasiyi günümüzün kaçınılmazı haline getirmiştir. Ancak ilerideki teknolojik gelişmeler sayesinde günümüzde son derece maliyetli olan referandumların çok daha kolay ve düşük maliyetli şekilde yapılabilmesi mümkün olabilecektir⁹¹. Başka bir deyişle günümüzün istisnai bir uygulaması olan referandumlar, teknolojik gelişmeler ile ileride olağan hayatın bir parçası haline gelebilecektir⁹². Böylesi bir durumda internet vb. vasıtalar, oylama işleminin

⁹¹ Estonya'nın 2017 yerel seçimlerinde internette oylamanın maliyetinin fiziksel olarak oy kullanımı karşısında yarı oranında avantajlı olduğu tespit edilmiştir. **Işık**, s. 130.

⁹² Bu durumun yaratacağı olumsuz sonuçlara dikkat çekilmekte ve insanların her hafta oy kullandığı bir sistemin insanların bilinçsiz bir şekilde karar mekanizmalarına dahil

ana dinamosunu oluşturacaktır. Geleceğe dair bu spekülâtif olasılık, Antik Yunan'daki agoraları anımsatmaktadır⁹³. Yani günümüzdeki bilişim ağları, geleceğin agoraları olabilecektir. Böylesi bir durumun yarı doğrudan demokrasi ve uzun vadede doğrudan demokrasi anlayışını doğurması gayet mümkündür. O kadar ki belki de Isaac Asimov'un öngördüğü üzere oy verme işlemi dahi tarihe karışarak bir yapay zekâ tarafından toplumun hangi yönde egemenlik anlayışını kullandığı belirlenebilir hale gelebilir⁹⁴. Burada sorulması gereken soru böylesi bir yapay zekâ diktasının olduğu sistemin demokratik kabul etmenin mümkün olup olmadığıdır.

İnsanın kavrayışı dışında bir demokrasi kavramından bahsetmek mümkün değildir. Haliyle insan kavrayışı değiştikçe önce demokrasinin işlevi, ardından da demokrasi kavramının kendisi değişecektir. Her insanda özgür bir iradenin bulunduğu kabulü ortadan kalkmadığı sürece de bu değişim devam edecektir. Günümüzde bu değişimin asli etkenlerinden birisi kuşkusuz teknolojidir. O kadar ki artık günümüzde dijital demokrasi gibi kavramlar altında teknolojik gelişmelerin demokrasi kavramını nasıl etkilediği incelenmektedir. Örneğin gerçek insanların düşüncelerini şekillendiren ve algoritmalar tarafından yönetilen sosyal medya hesap botları; yanlış veya eksik bilgilerin belli gruplara yönelik reklam faaliyetleri çerçevesinde sunulması (psikografik mikro-hedefleme); yapay zekanın manipülâtif bilgi oluşturulması ve yayılmasında kullanımı ve algoritmaya dayalı oylama tavsiyesi veren uygulamalar seçimlerin sonuçlarını asli yönde etkileyen birçok önemli teknolojilerden sadece bazılarıdır⁹⁵. Anılan teknolojilerin mevcut demokrasi algısına zararlı olduğu aşikardır. Ancak bu noktada teknolojik imkanların varlığı değil, bu imkanların nasıl kullanıldığı önemlidir. Bu husus internetten oylama için de geçerlidir. Oy hakkının demokratik ilkeleri açısından internetten oylamanın bazı tehlikeler barındırdığı kuşkusuzdur. Ancak bu tehlikelerin aşılıp aşılamayacağı internetten oylamanın nasıl kurgulanacağına bağlıdır.

olacağı iddia edilmektedir. **Bartlett**, Jamie: *The People vs. Tech: How the Internet is Killing Democracy (and How We Save It)*, Ebury Press, Birleşik Krallık, 2018, s. 51.

⁹³ Antik Yunan'da oy hakkına sahip olan kişiler, agoralarda yapılan toplantılarda doğrudan oy kullanabilmekteydiler.

⁹⁴ Isaac Asimov'un "Franchise" isimli kısa öyküsünde herkesin bir oy hakkı bulunmaktadır. Multivac denilen bir yapay zekâ, seçtiği tek vatandaşa yönelttiği sorular ve başkaca verilerin değerlendirmesiyle Amerikan vatandaşlarının hangi adayı seçeceğini tahmin edebilmektedir. **Asimov**, s. 13.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Brkan**, Maja: "Artificial Intelligence and Democracy", *Delphi - Interdisciplinary Review of Emerging Technologies* Volume 2, Issue 2 (2019), sa. 66-71.

V. SONUÇ

İnsanlığın bir grup adına karar verme çabası oylama kavramını doğurmuştur. Kavramın doğuşundan itibaren geçen zaman oylama geleneğini oluşturmuştur. Bu geleneğin İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan insan hakkı teorisi ve güncel demokrasi anlayışı ile yoğrulması sonucunda oy hakkının demokratik ilkeleri kavramı günümüzdeki halini almıştır. Ne var ki bilgi çağının yaşandığı günümüzde ihtiyaçlar da giderek farklılaşmakta ve internet kullanımının gün geçtikçe arttığı günümüzde devlet-birey ve birey-birey arasındaki ilişki her dakika daha da sanallaşmaktadır. Böylesi bir trendin karşısında oy hakkının ve oylama yöntemlerinin de değişime uğraması kaçınılmazdır. Anılan kaçınılmazlığın bir sonucu olarak günümüzde internette oylamanın seçimlerde uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Nitekim 1980'lerin başından beri internette oy kullanımı üzerine ABD'de ve Avrupa'da yapılan çalışmalar sonuç vermeye başlamıştır. Günümüzde Estonya, Norveç, İsviçre gibi ülkelerin internette oylamayı deniyor olması yükselen trendin somut örnekleridir. Bu somut örneklerle oluşan mevcut uygulamanın yerindeliliğinin tespit edilebilmesi için oy hakkının demokratik ilkeleri açısından internette oylama yöntemi incelenmelidir.

Oy hakkının demokratik ilkeleri ile internette oylama yöntemi kimi zaman örtüşmekte kimi zaman çatışmaktadır. İnternette oylama uygulaması genel oy ve eşit oy ilkesi ile örtüşmektedir. Ancak bu örtüşmede genel oy ve eşit oy ilkesinin geleneksel kapsamı, internette oylamanın unsurlarına göre yeniden belirlenmelidir. Gizli oy, kişisel oy ilkeleri ve açık sayım döküm ilkelerinin geleneksel kapsamı ile internette oylama arasında bir çatışma mevcuttur. Ancak günümüzdeki internette oylama uygulamaları bu çatışmanın aşılabileceği çözümleri de beraberinde getirmektedir. Bu çözümler aslında gizli oy, kişisel oy ve açık sayım döküm ilkesinin geleneksel kapsamını yeniden şekillendirmektedir. Özellikle açık sayım döküm ilkesinin yerini denetlenebilirlik, şeffaflık ve güvenlik kavramları aldığı görülmektedir. Yine kişisel ve gizli oy ilkelerinin varoluş sebepleri ile internette oy kullanımının her zaman çelişmeyeceği anlaşılmaktadır. Çünkü bu ilkelerin kapsamı hala geleneksel bakış açısıyla belirlenmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi'nin 2017 tarihli elektronik oylamaya ilişkin tavsiye kararında da anılan ilkeler geleneksel kapsamından sıyrılmış bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu yeniden değerlendirme ise internette oylamanın geleceğine ışık tutacak niteliktedir. İnternette oylama günümüzde yaşanabilecek olağanüstü durumlara çözüm olabilecek niteliktedir.

Bilişim çağında yükselen trendlerin yanında çeşitli olağanüstü durumların üstesinden gelinmesi için internetten oylamaya ihtiyaç duyulabilmektedir. Örneğin COVID-19 sebebiyle önümüzdeki aylarda yapılacak olan birçok seçimin nasıl gerçekleşeceği belirsizliğini korumaktadır. Seçimlerin ertelenmesinin tercih edilmemesi karşısında internetten oy kullanımı gibi yöntemlerin kullanılması olasıdır. Bunun yanında uzun sürebilecek çevresel afetlerde de yine oy merkezlerine gidilememesi gibi durumlar yaşanabilecektir. Böylesi bir ihtimalde de internetten oylamanın bahsedilen ihtiyacı karşılaması mümkündür.

Bütün bu açıklamalar internetten oylamanın aksayabilecek noktalarını kapatmamaktadır. Zira bilişim teknolojilerindeki gelişim her zaman teknik bir manipülasyonla karşı karşıya kalma tehlikesi altındadır. Haliyle internetten oylama, oy hakkının kapsamını daha iyi bir noktaya taşımayı hedeflese de bunu başarmak için kat etmesi gereken epey bir yol mevcuttur. Ancak bu husus tek başına internetten oylama sisteminin kullanılmayacağına işaret etmemektedir. Buradaki hedef internetten oylamanın zaman içinde gelişerek daha iyi uygulamaya dönüşmesi için ne yapılabilir noktasında toplanmalıdır. Zira internetten oylamanın yetersizliklerini öne sürerek bu ihtimalin görmezden gelinmesi, bilgi çağının gerekliliklerine karşı çıkmak anlamına gelecektir.

KAYNAKÇA

- Aichholzer**, Georg-Rose, Gloria: Experience with Digital Tools in Different Types of e-Participation, **Hennen**, Leonhard-**Keulen**, Ira van-**Korthagen**, Iris-**Aichholzer**, Georg-**Lindner**, Ralf-**Nielsen**, Rasmus Øjvind (ed.), European E- Democracy in Practice, e-kitap, Springer Open, 2020.
- Akartürk** Ali Ekrem: Oy Hakkının Anayasal İlkeleri, Legal Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Akın**, Melda: “Elektronik Oy Verme Sistemlerinde Güvenlik: Deneyimler ve Türkiye İçin Öneriler”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Ekonometri ve İstatistik Dergisi, Sayı: 3-2006, sa. 32-47.
- Alvarez**, R. Michael-**Hall**, Thad E.: Point, Click and Vote: The Future of Internet Voting, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2004.
- Asimov**, Isaac: Franchise, Quinn Publishing Company, If: Worlds of Science Fiction, New York, Cilt 5, Ağustos-1955.
- Bartlett**, Jamie: The People vs. Tech: How the Internet is Killing Democracy (and How We Save It), Ebury Press, Birleşik Krallık, 2018.
- Brkan**, Maja: “Artificial Intelligence and Democracy”, Delphi - Interdisciplinary Review of Emerging Technologies Volume 2, Issue 2 (2019), sa. 66-71.
- Carey**, Peter: Data Protection, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Chaum**, David: Blind Signatures for Untraceable Payments. İçinde: Chaum D., Rivest R.L., Sherman A.T. (ed.) Advances in Cryptology. Springer, Boston, 1983.
- Cheeseman**, Nic-**Gabrielle**, Lynch-**Willis**, Justin: “Digital Dilemmas: the Unintended Consequences of Election Technology”, Democratization, 25 (8), 2018, pp. 1397-1418.
- Ciner**, Şahin: Dijital Demokrasi, Sokak Kitapları Yayınları, İstanbul, 2017.
- Cranor**, Lorrie Faith: In Search of the Perfect Voting Technology: No Easy Answers İçinde: Secure Electronic Voting, **Gritzalis**, A. Dimitris (ed.), e-kitap, Springer, 2003.
- Gibson**, Rachel K.: Internet voting and the European Parliament Elections, İçinde: **Mendez**, Fernando-**Trechsel**, Alexander H. (ed.), The European Union and e-Voting, e-kitap, Routledge, 2004.

- Goos**, Kertsin-**Beckert**, Bernd-**Lindner**, Ralf: Electronic, Internet-Based Voting, İçinde: **Lindner**, Ralf-**Aichholzer**, Georg-**Hennen**, Leonhard (Ed.), Electronic Democracy in Europe, e-kitap, Springer, 2016.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2010.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, cilt: I, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- Işık**, Alper: Dijital Demokrasi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Joaquim**, Rui-**Ribeiro**, Carlos-**Ferreira**, Paulo: Improving Remote Voting Security with CodeVoting, İçinde: **Chaum**, David-**Jakobsson**, Markus-**Rivest**, Ronald L.-**Ryan**, Peter Y. A.-**Benaloh**, Josh-**Kutyłowski**, Mirosław-**Adida**, Ben (Ed.), Towards Trustworthy Elections: New Directions in Electronic Voting, Springer, Berlin, 2010.
- Jones**, W. Douglas: The Evaluation of Voting Technology, İçinde: Secure Electronic Voting, **Gritzalis** A. Dimitris (ed.), e-kitap, Springer, 2003.
- Kaboğlu**, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Kaiser**, Brittany: Targetted, Harper Collins, ABD, 2019.
- Karamustafaoglu**, Tunçer: Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- Kersting**, Norbert-**Baldersheims**, Harald: Electronic Voting and Democratic Issues: An Introduction, İçinde: **Kersting**, Norbert-**Baldersheim**, Harald (Ed.), Electronic Voting and Democracy, Palgrave Macmillan, New York, 2005.
- Krimmer**, Robert: The Evolution of E-voting: Why Voting Technology is Used and How it Affects Democracy, Tut Press, Tallinn University of Technology Doctoral Theses Series I: Social Sciences, No. 19, Talin, 2012.
- Kutyłowski**, Mirosław-**Zagórski**, Filip: Scratch, Click & Vote: E2E Voting over the Internet, İçinde: **Chaum**, David-**Jakobsson**, Markus-**Rivest**, Ronald L.-**Ryan**, Peter Y.A.-**Benaloh**, Josh-**Kutyłowski**, Mirosław-**Adida**, Ben (Ed.), Towards Trustworthy Elections: New Directions in Electronic Voting, Springer, Berlin, 2010.
- Lindner**, Ralf-**Aichholzer**, Georg: E-Democracy: Conceptual Foundations and Recent Trends, İçinde: **Hennen**, Leonhard-**Keulen**, Ira van-**Korthagen**, Iris-**Aichholzer**, Georg-**Lindner**, Ralf-**Nielsen**, Rasmus

Øjvind (ed.), *European E- Democracy in Practice*, e-kitap, Springer Open, 2020.

Madise, Ülle-Vinkel, Priit: “*Constitutionality of Remote Internet Voting: The Estonian Perspective*”, *Juridica International*, XVIII, 4-2011, sa. 4-16, s. 8.

Musial-Karg, Magdalena: *Electronic Voting as an Additional Method of Participating in Elections. Opinions of Poles*, İçinde: **Krimmer, Robert-Volkamer, Melanie-Jordi, Barrat-Josh, Benaloh-Goodman, Nicole-Ryan, Peter Y.A-Teague, Vanessa** (Ed.), *Electronic Voting First International Joint Conference, E-Vote-ID 2016 Bregenz, Austria, October 18-21, 2016 Proceedings*, e-kitap, Springer, 2016.

Muş, Köksal-Kiraz, Mehmet Sabır-Cenk, Murat-Sertkaya, İsa: “*Estonian Voting Verification Mechanism Revisited*”, *IACR Cryptology ePrint, Computer Science, Political Science*, 2016, sa. 1-18.

Puiggali, Jordi-Cucurull, Jordi-Guasch, Sandra-Krimmer, Robert: *Verifiability Experiences in Government Online Voting Systems*, İçinde: **Krimmer, Robert-Volkamer, Melanie-Barrat, Jordi-Benaloh, Josh-Goodman, Nicole-Ryan, Peter Y.A.-Teague, Vanessa** (Ed.), *Electronic Voting*, e-kitap, Springer, 2017.

Rivest, Ronald L.-Virza, Madars: *Software Independence Revisited*, İçinde: **Hao, Feng-Ryan, Peter Y. A.**, *Real-World Electronic Voting: Design, Analysis and Deployment*, CRC Press, New York, 2017.

Teziç, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

Vural Dinçkol, Bihterin-Işık, Alper: “*Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25-Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, sa. 716-726.

Yard, Michael: *Direct Democracy: Progress and Pitfalls of Election Technologys*, International Foundation for Electoral Systems, Washington D.C., 2010.

Çevrimiçi Kaynaklar:

<https://sciencenorway.no/election-politics-technology/no-more-online-voting-in-norway/1562253> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

CoE Recommendation CM/Rec(2017)51 of the Committee of Ministers to Member States on Standards for E-voting, <https://rm.coe.int/0900001680726f6f> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.valimised.ee/en/internet-voting/questions-about-i-voting> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

[https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Rec\(2004\)11_Eng_Evoting_and_Expl_Memo_en.pdf](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/Rec(2004)11_Eng_Evoting_and_Expl_Memo_en.pdf) (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/522012015002/consolide> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015.pdf?lang=en (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

https://roselabs.nl/files/audit_reports/mnemonic_-_Norwegian_electronic_voting_system.pdf (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.riigikohus.ee/en/constitutional-judgment-3-4-1-4-11> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.idea.int/news-media/news/switching-all-postal-voting-times-public-health-crises-lessons-poland> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.as-coa.org/articles/explainer-dominican-republic-gears-two-crucial-elections> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://balkaninsight.com/2020/05/07/poland-postpones-presidential-election/> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.nytimes.com/aponline/2020/04/06/world/europe/ap-eu-poland-virus-outbreak-election-1st-ld-writethru.html> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.ifes.org/news/elections-poland-2020-presidential-election> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.usa.gov/absentee-voting> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a55_dc8e.pdf (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://www.ortadoguhaber.com/haberler/abd-de-secim-sonuclarini-mahkemeler-mi-belirleyecek> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a72_5hek.pdf (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

<https://sciencenorway.no/election-politics-technology/no-more-online-voting-in-norway/1562253> (Çevrimiçi), ET: 10.11.2020.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA MÜKELLEF HAKLARI: MÜLKİYET HAKKI VE ADİL YARGILANMA HAKKI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899927>

*Arş. Gör. Seher ÇAKAN**
*Dr. Öğr. Üyesi Orçun AVCI***

Öz

Vergilendirme süreci bir tarafında mükelleflerin diğer tarafında ise, devletlerin olduğu bir ilişkidir. Dolayısıyla bu ilişkide taraflar eşit değildir. Üstün güç konumunda olan devletler, vergilendirme yetkisini kullanarak çeşitli vergileri tahsil etmektedir. Ancak tarafların çıkarları arasında bir çatışma olması durumunda vergilendirme alanında mükellef hakları ön plâna çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mükelleflerin, ulusal mahkemeler tarafından hak ihlâli ile karşılaştıklarında haklarının korunması hususunda başvurabilecekleri en önemli yollardan biridir. Mükellef hakları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça yer almamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geliştirdiği içtihatlar yoluyla mükelleflerin haklarının korunmasını sağlamaktadır. Vergiler konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan hak ihlâli iddialarının büyük bir kısmı mülkiyet hakkı ve âdil yargılanma hakkı kapsamında olduğundan çalışmayı sınırlandırabilmek amacıyla bu iki hak üzerinde durulmaktadır. Bu çalışma, mükellef hakları bağlamında mülkiyet hakkı ve âdil yargılanma hakkını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde incelemektedir.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mükellef Hakları, Mülkiyet Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı

* Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı (e-posta: sehercakan_1905@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3254-6617> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.02.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 07.02.2020/Makale Kabul Tarihi: 23.11.2020)

** Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: orcun.avci@outlook.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7917-9802> (Makalenin Geliş Tarihi: 06.02.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 07.02.2020/Makale Kabul Tarihi: 23.11.2020)

**TAXPAYER RIGHTS UNDER THE CASE LAW OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS:
THE RIGHT TO PROPERTY AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL**

Abstract

The taxation process is a relationship with taxpayers on one side and states on the other. Hence, the parties are not equal in this relationship. States have power to collect various taxes. However, if there is a conflict between the interests of the parties, taxpayer rights come to the fore in the field of taxation. The European Court of Human Rights is one of the most significant legal remedies that taxpayers can apply in order to protect their rights which are violated by national courts. Taxpayer rights are not explicitly included in the European Convention on Human Rights. However, the European Court of Human Rights ensures the protection of the rights of taxpayers through the case law developed by the Court. Most of the alleged violation of rights to the The European Court of Human Rights on taxes are under the scope of property right and the right to a fair trial and for this reason, these two rights are explained in order to limit the study. This study examines the right to property and the right to a fair trial under the framework of the case law of the European Court of Human Rights in the context of taxpayer rights.

Keywords

The European Convention on Human Rights, The European Court of Human Rights, Taxpayer Rights, The Right to Property, The Right to a Fair Trial

GİRİŞ

Hukuk devleti, yetkilerini hukuk kuralları ile sınırlandırmış, eşitlik ilkesine dayanan, idarenin tüm işlemlerinin denetime tâbi olduğu, insan haklarına saygılı bir devlet modelidir. Bu model içerisinde bazı durumlarda kişilerin hak ve özgürlüklerine birtakım müdahaleler söz konusu olabilmektedir. Ancak, bu müdahalenin de bir sınırı bulunmaktadır. Devlet tarafından kişilerin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyan vergilendirme işlemlerinin sınırları büyük önem arz etmektedir. Vergilendirme ilişkisi, tarafların eşit olmadığı, devletin üstün gücüne dayanan bir kamu hukuku ilişkisidir. Devletler, bu ilişkide egemenlik gücüne dayalı olarak kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla vergi toplamaktadır. Fakat bu süreçte, devletin amacı ile kişilerin menfaatleri karşı karşıya gelebilmektedir. Vergi ilişkisinin temelinde yatan menfaat çatışması ancak menfaatlerin karşılıklı dengelenmesi ile çözülebilecektir. Kişiler ile vergi idaresi arasındaki denge sağlanamadığı sürece sorun yaşanması muhtemeldir. Günümüzde birçok ülke, çeşitli hukukî araçlarla mükellef hakları konusunda düzenlemeler yapmaktadır. Burada amaç, mükelleflerin vergilemeden doğan haklarının tanımlanabilmesidir. Genel olarak bu haklar, mükelleflerin gönüllü uyumu ve idarenin mükellef odaklı bakmasını sağlayan haklar şeklinde düşünülebilir.

Mükellef hakları, vergilendirme sürecinde alacaklı idare ile mükellef arasındaki hukukî ilişkide yer alan hakları ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, mükelleflere bir talepte bulunma yetkisi vermekte olup ihlâl edildiğinde mükelleflere hukukî koruma sağlayan haklardır. Hukukun genel ilkelereinden kaynaklanan temel mükellef hakları, âdil, eşit ve saygılı hizmet alma hakkı, bilgi alma hakkı, başvuru hakkı, mükelleflere ilişkin bilgilerin gizliliği hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkıdır. Ancak vergi denetimi ve yargılaması sırasında da mükelleflerin bazı hakları bulunmaktadır. Vergilendirmenin tüm aşamasında karşımıza çıkan haklar ile mükelleflerin korunması amaçlanmaktadır.

Vergilendirme işlemleri sırasında meydana gelen vergi uyuşmazlıkları neticesinde çok sayıda hak ihlâli gündeme gelebilmektedir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne en çok mülkiyet hakkı ve âdil yargılanma hakkının ihlâli ile ilgili başvuru yapılmaktadır. Bu kapsamda çalışmanın konusu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında mükellef hakları bağlamında mülkiyet hakkı ve âdil yargılanma hakkının incelenmesidir. Çalışmayla amaçlanan, mükelleflerin hakları konusunda yaşanan gelişmeler neticesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde, vergi uyuşmazlıkları bakımından verilen içtihatlar incelenerek mülkiyet hakkı ve âdil yargılanma hakkı

konusunda mükellef haklarının ortaya konulmasıdır. Çalışma yapılırken, doktrindeki görüşlerin yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanılmakta ve mükellef hakları ile bağlantısı tartışılmaktadır. Çalışma kapsamında, mülkiyet hakkı genel olarak açıklanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında mülkiyet hakkı ve sınırlandırılmasına yer verilerek Mahkeme'nin konu ile ilgili karar örneklerine yer verilmektedir. Ardından âdil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkı, mâkul sürede yargılanma hakkı ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkına Mahkeme kararları ışığında değinilmektedir.

I. MÜLKİYET HAKKI

A. Genel Açıklama

Hukuk sistemleri ve hukuk ilmi ile uğraşanlar, tarih boyunca, bütün zaman, yer ve toplumlar için geçerli, değişmez bir mülkiyet kavramı ve tanımı aramıştır. Fakat, bunu bir türlü başaramamışlardır. İlk toplumdaki bugüne kadar örf-âdet ve kavramların sürekli değişmesi ve gelişmesi bunun en temel sebebidir. Nitekim, mâlikin eşya üzerindeki yetki ve ödevleri çeşitli hukuk sistemlerine göre farklılık arz ettiği gibi, aynı milletin, hatta aynı devletin hukuk sistemi içinde dâhi mâlikin eşya üzerindeki hak ve ödevlerinin zamanla değişikliğe uğradığı görülmüştür¹. Bu bağlamda mülkiyet kavramının kapsamının değişmesi mülkiyet hakkının gerek niteliğini gerekse de çerçevesini etkilemiştir. Günümüzde mülkiyet kavramının dinamik ve somut niteliği dolayısıyla üzerinde uzlaşmış net bir tanımı olmadığı gibi mülkiyet hakkının niteliği, kapsamı ve sınırlandırma sebepleri itibariyle de uluslararası düzeyde ve devletler arasında önemli farklılıklar ortaya çıkmıştır².

Bahsi geçen farklılıklara rağmen mülkiyet hakkı, temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Temel haklar ve özgürlükler, pozitif hukuk düzeni tarafından tanınmış ve güvence altına alınmış, devletin koruyup geliştirmekle yükümlü olduğu insan hakları olarak ifade edilmektedir³. Diğer bütün hak-

¹ **Kamışlı**, Gani: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 33; **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 13. Bası, Arıkan Basım Yayım, Denizli, 2006, s. 105.

² **Karataş**, Mustafa: "Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Vergilendirme Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırları", IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu, 2019, s. 165.

³ **Şahin**, Kemal: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı",

ların kendisinden türediği kabul edilen mülkiyet hakkı, 19'uncu yüzyıla kadar mutlak ve sınırsız bir hak olarak değerlendirilmiştir. Ancak 20'nci yüzyıla gelindiğinde bu hakkın sınırsız olduğu düşüncesinden uzaklaşmış ve mâlikine toplum yararına bazı ödev ve sorumluluklar yükleyen sosyal bir hak olduğu kabul edilmiştir⁴.

Mülkiyet hakkı, mükellef hakları ile doğrudan ilişki kurulabilecek en temel haklardan biridir. Çünkü, vergiler aracılığıyla doğrudan doğruya kişilerin mallarından devlet mülkiyetine bir geçiş söz konusu olmaktadır⁵. Bu hak güncel bir hak olup mutlak değildir ve böylece kamusal yetkileri kullanan kamu makamlarınca yapılacak olan müdahalelere açıktır⁶. Keyfi yapılacak müdahalelerden dolayı hem milli hem de devletlerarası mahkemeler tarafından teminat altına alınan bir haktır. Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve kanunda belirtilen şartlara ve devletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez” şeklinde düzenlenmiştir⁷. Madde incelendiğinde, mülkiyet hakkına ilişkin ilk fıkrada genel bir düzenlemeye yer verildiği ve ikinci fıkrada ise, mutlak olmayan bu hakkın sınırlandırılabilceği anlaşılmaktadır.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(3), 2013, s. 57; Akça, Kürşat: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 2015, s. 552.

⁴ Karataş, s. 165; Akıllıoğlu, Tekin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 15(2), 2012, s. 10; Acı, Melek: “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (110), 2014, s. 424.

⁵ Er, Selami: “Mükellef Hakları ve Kamuda Faiz Uygulamaları”, Sayıştay Dergisi, (81), 2011, s. 6.

⁶ Gemalmaz, Haydar Burak: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 69(1-2), 2011, s. 650.

⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5, 2010, s. 32.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması

1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin vergi konusuna değinen tek maddesidir⁸. Bu maddeye göre, herkes mülkiyet hakkına sahiptir ve bu hak, kamu yararı ve hukuka uygun olarak sınırlandırılabilir. Yine bu maddenin 2'nci fıkrasında devletlere, vergilerin, para cezalarının ve diğer katkı paylarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri tedbirleri düzenleme yetkisi vermiştir. Diğer bir ifadeyle vergilendirme yetkisini düzenleyen bu fıkra hükmüne göre, devletleri vergilerin konusunun, matrahının, mükellefinin, oranının belirlenmesinde tek yetkili makam olduğu gibi devletlere bu vergilerin tahsili için gerekli gördükleri tüm tedbirleri alma yetkisine de sahiptir⁹. Bir iktisadî değer bu madde kapsamında vergilendirilmesi sadece devlet tarafından tahsil edilmesini içermez, aynı zamanda devlet tarafından çıkarılan bir mevzuat hükmüne dayanarak kamu idareleri veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından tahsil edilmesini de kapsamaktadır¹⁰.

Görüldüğü üzere, devletlerin vergilendirme yetkisi saklı tutulmaktadır. Vergilendirme yetkisini devlet olmanın temel ilkelerinden biri olarak gören Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergiyi kamu hizmetlerinin finansmanının bir gereği olarak değerlendirmekte ve vergilendirme konusunda devletlere geniş bir takdir yetkisi alanı tanımaktadır. Bu takdir yetkisi sadece vergilerin konulması ya da kaldırılmasını değil, vergilerin ve diğer kamu gelirlerinin tahsili için gerekli tedbirlerin alınmasını da kapsamaktadır¹¹.

Mülkiyet, mülkiyet hakkı ve bu hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi ulusüstü hukukî metinlerle korunması bağlamında maddî ve gayri maddî malvarlığı değerlerinin yanında alacak hakları, vergi yükümlülükleri, ekonomik yaptırımlar gibi hususlar da bu kapsamda mülkiyet hakkı güvencesi dâhilindedir. Örneğin, vergi cezasına ilişkin bir hukukî uyumsuzluk

⁸ **Dilemre Öden**, Begüm: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Vergi Hukukuna Etkisi, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, ss. 94-95.

⁹ **Şimşek**, Suat: Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Hermes Matbaacılık, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yayın No: 2011/413, Ankara, 2011, ss. 853-854.

¹⁰ **Şimşek**, Suat: "Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", Maliye Dergisi, 159 (Temmuz-Aralık), 2010, s. 325.

¹¹ **Dilemre Öden**, Türk Vergi Hukukuna Etkisi, s. 160.

hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne mülkiyet hakkının ihlâli iddiası ile başvuru yapılabilmektedir¹².

Mükelleflerin mülkiyet haklarının ihlâl edilip edilmediğini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şu şekilde incelemektedir. İlk olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen başvurudan dava konusunun 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesi anlamında mal olup olmadığını incelemektedir¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında bu maddenin, sadece maddî varlığı olan taşınır ve taşınmazları değil aynı zamanda fizikî varlığı olmayan alacak hakları ve fikrî mülkiyet haklarını da kapsadığı görülmektedir¹⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temelleri Roma Hukuku'na kadar uzanan geleneksel taşınır ve taşınmaz mülkiyet tanımlarını a-şarak, ekonomik içeriği ve parasal değeri olabilen hemen her konuyu mülkiyet hakkı kapsamı içerisinde değerlendirme eğiliminde olmuştur¹⁵. Böylelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet ve malvarlığı kavramlarını millî hukuktan bağımsız, özerk bir kavram olarak ele almaktadır.

Mülkiyet ve malvarlığı kavramlarının geniş şekilde kullanılmasının nedeni İngilizce ve Fransızca'da kullanılan "possessions" ve "biens" kelimelerinden kaynaklanmaktadır¹⁶. İngilizce'de possessions kavramı "korunan menfaati nitelemek" için kullanılırken¹⁷; Fransızca'da yer alan "biens" kavramı ise, "bütün miras yoluyla geçen haklar" için kullanılmaktadır¹⁸. Böylelikle de İngilizce metinde geçen "possessions" kelimesi, Fransızca metinde geçen "biens" kavramı nedeniyle dar yorumlanamaz ve bu kavram malvarlığına ilişkin geniş haklar dizisini koruma amacını içermektedir¹⁹.

¹² **Tabak**, Bahadırhan: Mülkiyet Hakkı ve Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 7.

¹³ **Yaltı**, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2006, s. 47.

¹⁴ Bkz. Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda App No: 15375/89 (1995), paragraf 53.

¹⁵ **Dinç**, Güney: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (51), 2004, s. 134.

¹⁶ **Şimşek**, Vergi Politikaları, s. 326.

¹⁷ **Yaltı**, s. 48.

¹⁸ **Grgić**, Aida/**Mataga**, Zvonimir/**Longar**, Matija/**Vilfan**, Ana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Numara 10, Haziran, Belçika, 2007, s. 8.

¹⁹ **Yaltı**, s. 48.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1 No’lu Ek Protokol’ün 1’inci maddesini sadece mevcut malvarlığı için uygulamakta olup “*mal ve mülk elde etme hakkını garanti altına almadığını*” belirtmektedir²⁰. Ancak başvuru- nun gerçekleşebilecek “meşru bir beklenti” içinde olduğunu ispatlaması şartıyla her türlü mal ve mülk bu madde kapsamına dâhil edilmektedir²¹.

İkinci olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyete yapılan müdahalenin meşru bir müdahale olup olmadığını değerlendirir. Bu bağlamda ilk olarak, müdahalenin hukuk tarafından düzenlenip düzenlenmediğini ele alır. Hukuk tarafından yapılmış olan ilgili düzenleme yazılı olabileceği gibi Anglo-Sakson sisteminde olduğu gibi teamüle dayalı bir kural da olabilir. Bu nokta da önemli olan düzenlemenin alenî; yani, düzenlemelerin herkes tarafından ulaşılabilir olması ve öngörülebilir olmasıdır. Diğer bir ifade ile, kuralın uygulanması halinde doğacak sonuçlarının tahmin edilebilir olması gerekir²². Daha sonra, mülkiyete yapılan müdahalenin kamu yararına uygun olması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “kamu yararı” kavramını tanımlamaktan kaçınmakta olup bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Böylece Mahkeme, “*kavramı tanımlamak yerine, mülkiyet hakkına yapılan müdahale kapsamındaki uygulamanın kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı*” konusunda bir değerlendirme yapmaktadır²³. Vergilere ilişkin getirilen kural ve uygulamaların, vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınmanın önlenmesi, verginin tahsilatının kolaylaştırılması, peçeleme işlemlerinin önlenmesi gibi pek çok meşru amacı vardır²⁴. Ancak söz konusu amaçlar meşru olsa bile yani kamu yararına hizmet etme amacı taşısa bile kişilerin mülkiyet hakkının ihlâl edilmesine sebep olabilir. Bu noktada da müdahalenin orantılı ve ölçülü olması son şart olarak gündeme gelmektedir. Müdahalenin ölçülü ve orantılı olmasından kasıt ise, “*müdahale ile ulaşılmak istenen amaç ile söz konusu amaca ulaşmada kullanılan araç arasındaki dengenin*” olmasıdır²⁵. Bu araçlar arasında bir denge sağlana-

²⁰ Grgić/Mataga/Longar/Vilfan, s. 6.

²¹ Grgić/Mataga/Longar/Vilfan, s. 8.

²² Dilemre Öden, Türk Vergi Hukukuna Etkisi, s. 97.

²³ Odabaş Sağır, Esin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Gerçek Kişilerin Mülkiyet Hakkı, Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 55.

²⁴ Dilemre Öden, Türk Vergi Hukukuna Etkisi, s. 95.

²⁵ Ertutar, Ege: “Vergi Uyuşmazlıkları Kapsamında Mülkiyet Hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nezdinde Değerlendirilmesi”, <http://www.ksavukatlik.com/vergi-uyusmazliklari-kapsaminda-mulkiyet-hakkinin-avrupa-insan-haklari-mahkemesi-nezinde-degerlendirilmesi/>, E.T.: 18.08.2020; Perdecioğlu, İsmail Emrah: Mülkiyet

mamış olması halinde, mülkiyet hakkı ihlâl edilmiş olmaktadır. Genel veya kamu yararı ile şahsî yarar arasındaki dengenin sağlanması gerekmektedir. Sadece kamu yararını sağlamak için kişilere aşırı bir yük yüklenmemelidir.

Üçüncü olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, üç kural analizi denilen metodla mülkiyet hakkının ihlâl edilip edilmediğini değerlendirir. İlk kuralda “mülkiyetten barışçıl bir şekilde yararlandırma ilkesi” yer alır; ikinci kuralda “mülkiyetten yoksun bırakma” düzenlenmiştir ve son kuralda da hukuka uygun olmak şartıyla kamu yararını gerçekleştirmek için “mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme” yetkisi vardır²⁶. Bu üç kural da birbirleriyle ilgilidir.

Son olarak da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mülkiyet hakkı ihlâlinin olup olmadığının tespiti için Sözleşmeciler Devletlerin takdir yetkisini aşırıp aşmadığını araştırmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kendini Sözleşmeciler Devlet yerine koymamakta ve devletlerin takdir yetkisine, sosyal ve ekonomik alanda aldığı kararlara saygı duyup sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygunluk yönünden denetlemektedir²⁷. Devletlerin takdir yetkisi, vergilerin konulması ya da kaldırılması ile ilgili olabileceği gibi vergilerin ve diğer kamu gelirlerinin tahsili için gerekli tedbirlerin alınmasını da kapsamaktadır²⁸. Söz konusu tedbirler, hukukî dayanaktan yoksun olmamalıdır. Yukarıda değinilen tüm şartların sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde devletler, kişilerin mülkiyet hakkını ihlâl etmiş olmaktadır.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Örnekleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1 No’lu Ek Protokol’ün 1’inci maddesi kapsamında mükellef hakları ile ilgili olarak vermiş olduğu önemli bazı kararlar ise şunlardır:

- *Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda* davasında, Gasus Doiser und Fördertechnik GmbH Alman şirketi, Hollandalı Atlas firmasına beton mikseri ve yardımcı ekipmanları satmış ve satış sözleşmesine malların mülkiyetinin ücreti tamamen ödeninceye kadar kendisinde kalacağı şartını

Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 131.

²⁶ Sporong ve Lönnroth v. İsveç App No: 7151/75; 7152/75 (1982), paragraf 61; **Perdecioğlu**, s. 116.

²⁷ **Yücel**, Özge: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kamulaştırmaz El Atma”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1281.htm, E. T.: 04.04.2019.

²⁸ **Şimşek**, Vergi Politikaları, s. 329.

eklemiştir. Ancak Atlas firmasının vergi borcu nedeniyle Hollanda Vergi İdaresi, firmanın bütün taşınırılarını icra yoluyla satış için haczetmiş ve satmıştır. Mülkiyet hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle yapılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergi idaresinin üçüncü kişilere ait mallardan vergi tahsil etme yetkisinin 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesi kapsamına dâhil olduğunu belirtmiş ve söz konusu vergi tahsilinde kamu yararı ile şahsî yarar arasında âdil bir dengenin kurulamadığı anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir²⁹. Burada önemli olan husus, vergi idaresinin eylemlerinin sonucunda satıcının “şahsî ve aşırı bir yüke” katlanmış olup olmadığının tespit edilmesidir³⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucu şirketin risk unsuru taşıyan bir ticarete girdiğini ve söz konusu riskin yeterince farkında olduğunu vurgulamıştır³¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre başvurucu şirket, Atlas firmasına kredi vermeyi reddederek riskini ortadan kaldıracabilirdi; başvurucu şirket ödemenin önceden yapılmasını şart koşabilirdi ya da satışı yapmayabilirdi³². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı zamanda başvurucu şirketin banka teminatı gibi ek güvencelere de başvurabileceğini belirtmiştir³³. Sonuç olarak da, şirket üzerine düşenleri gerektiği gibi yapmamış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre orantılılık şartı sağlandığı için 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesi ihlâl edilmemiştir.

- *Bulves v. Bulgaristan*³⁴ kararında Bulves bir anonim şirket olup bir başka şirketten mal satın almıştır. Bulves, satın alınan mal bedelini ve katma değer vergisini (KDV) satıcı şirkete ödemiş ve bu işlemleri defterlerine kaydetmiştir. Ancak satıcı şirket, defter kaydını alıcı şirketten farklı bir tarihte yapması nedeniyle başvurucu KDV'yi faiziyle birlikte tekrar ödemek zorunda kalmıştır. Bu nedenle de alıcı şirket, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesi kapsamında mülkiyet hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkemeye göre, başvurucu şirket KDV raporlama yükümlülüklerini zamanında ve tam olarak yerine getirmiştir. Mahkeme başvurucunun, satıcı şirketin KDV bildirim yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemesinin tüm sonuçlarını alıcı şirketin üstlenmek zorunda kalmasının başvurucu için aşırı şahsî bir yük oluştura-

²⁹ Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda, paragraf 66.

³⁰ Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda, paragraf 67.

³¹ Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda, paragraf 70.

³² Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda, paragraf 70.

³³ Gasus Dossier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda, paragraf 70.

³⁴ App No: 3991/03 (2009).

çağını değerlendirmişir³⁵. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuranın mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.

- *S.A. Dangeville v. Fransa*³⁶ davasında, başvuru bir sigorta aracılık şirketidir ve 1978 yılında yüksek bir tutarda KDV ödemiştir. 1 Ocak 1978'de yürürlüğe giren Avrupa Toplulukları Altıncı Yönergesi'nin 13-B(a) maddesi, sigorta acentası ve aracı şirketler tarafından yapılan her tür işlem de dâhil, sigorta ve reasürans işlemlerinden muaf tutulmuştur. Bu yönergenin geçmişe etkili sonuç doğurmayacağı belirtilmiş ve 1 Ocak-30 Haziran 1978 tarihleri arasında uygulanması zorunlu tutulmuştur. Bunun üzerine başvuru şirket Altıncı Yönergeye dayanarak ödediği KDV'nin iadesine ve bunun iç hukuka uygulanmamasından dolayı doğan zararının tazmini için dava açmıştır. Ancak, iç hukukta açılan davalar reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mülkiyet hakkına müdahale herhangi bir meşru müdahaleden kaynaklanmamakta aksine yönergenin iç hukuka uygulanmamasından kaynaklanmaktadır³⁷. Fransız yetkililer 2 Ocak 1976 tarihli idarî sirküler ile Altıncı Yönerge'yi iç hukukla uyumlu hale getirmeyi amaçlamıştır. Ancak, bunu 2 Ocak 1986 tarihine kadar yapamamıştır³⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu yönergenin iç hukukta uygulanmamasından dolayı mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.

- Bir başka davada ise, vergi iadesi taleplerinin geç yerine getirilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne konu olmuştur. *Eko-Elda AVEE* davasında³⁹ başvuru limited şirkettir ve 1988'de kurumlar vergisini fazla ödediği gerekçesiyle fazla ödenen kısmın geri ödenmesini talep etmiştir. Ulusal mahkemede açılan dava devam ederken 1993'te iade gerçekleşmiş ancak başvuru yasal faiz talebi, Kamu Gelirleri Tahsilat Kanunu kapsamında düzenlenmediği gerekçesiyle reddedilmiştir⁴⁰. Başvuru 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesinin ihlâli gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, fazla ödenen vergi iade talebinden beş yıl sonra ödenmiştir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu kadar geç yapılan ödemedan dolayı şahsî yarar ve kamu yararı arasında âdil bir dengenin kurulamadığı gerekçesiyle hak ihlâline karar vermiştir⁴¹.

³⁵ *Bulves v. Bulgaristan*, paragraf 71.

³⁶ App No: 36677/97 (2002).

³⁷ *S.A. Dangeville v. Fransa*, paragraf 57.

³⁸ *S.A. Dangeville v. Fransa*, paragraf 57.

³⁹ *Eko-Elda AVEE v. Yunanistan* App No: 10162/02 (2006).

⁴⁰ *Eko-Elda AVEE v. Yunanistan*, paragraf 16 ve 18.

⁴¹ *Eko-Elda AVEE v. Yunanistan*, paragraf 31.

- Önalım hakkının kullanılmasının vergilendirme aracılığıyla mülkiyet hakkına müdahale olup olmadığı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenen konulardan biridir. Hentrich davasında⁴² başvuru 1979 yılında imarsız arsa satın almıştır. Söz konusu arsanın satışı için SAFER'e (Bölgesel Kalkınma ve Kırsal Yerleşim Kurumu) iki aylık süre içerisinde kullanmak şartıyla önalım hakkı verilmiştir. Gerekli tüm işlemler yapılmış ve SAFER'in bu sürede önalım hakkını kullanmamasıyla sözleşme yürürlüğe girmiştir. 1980'de yani iki aylık süre geçtikten sonra SAFER önalım hakkını kullanacağını bildirmiştir. Başka bir ifadeyle, vergi kaçakçılığının önlenmesi amacıyla devlete önalım hakkı verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre önalım hakkı, devlet egemenliğinin bir özelliği olarak eleştiriye neden olmazken, önalım hakkının kullanımı keyfi olmadıkça ve aynı zamanda âdil bir usûl kullanılmadıkça aynı şeyi söylemek mümkün değildir⁴³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, SAFER'in önalım hakkının sırf diğer kişileri vergi kaçırmaya karşı uyarmak için herhangi bir alıcının özellikle de iyiniyetli alıcının yerine geçemeyeceğini belirtmiş olup hiçbir Sözleşmecî Devlet tarafından böyle bir sistemin kullanılmadığını vurgulamıştır⁴⁴. Vergi kaçırılmasının önlenmesi için önalım hakkı yerine caydırıcı başka cezalar verilebilir; örneğin ödenmeyen verginin tahsili için yasal bir prosedür konulabilir ve gerekirse vergi cezaları da uygulanabilir⁴⁵. Diğer bir ifadeyle devlet, vergi kaçakçılığını önlemek için önalım hakkını kullanmak yerine dava açma, para cezası uygulanması gibi yöntemlere başvurabilir. Sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruçunun aşırı şahsî bir yüke maruz kaldığı gerekçesiyle hak ihlâli olduğuna karar vermiştir.

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuktaki mevzuatın belirsiz olması nedeniyle 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesinin ihlâl edilebileceğini ve bu bağlamda da verginin öngörülebilirliğini *Serkov v. Ukrayna*⁴⁶ davasında vurgulamıştır. Olayda, başvuruçucu KDV'yi ödemiş, daha sonra çıkarılan mevzuata göre vergiyi ödemekten muaf olduğunu iddia etmiştir. Neden olarak da bu hukukî düzenlemelerin ulusal mahkemeler tarafından farklı yorumlanmasına dayandırmıştır⁴⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahke-

⁴² Hentrich v. Fransa App No: 13616/88 (1994).

⁴³ Hentrich v. Fransa, paragraf 42.

⁴⁴ Hentrich v. Fransa, paragraf 47.

⁴⁵ Hentrich v. Fransa, paragraf 47.

⁴⁶ App No: 39766/05 (2011).

⁴⁷ *Serkov v. Ukrayna*, paragraf 37 (Çeviren: Sarıcaoğlu, Ercan: "AİHM'in Vergilerin Kanuniliğinde Öngörülebilirlik İlkesine Bakışı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. Daire Serkov-Ukrayna Davası (Başvuru No: 39766/05)", Küresel Bakış, 1(3), 2011, ss. 140-141).

mesi'ne göre, iç hukukta kanunun emsal yorumu haklı nedenlere dayandırılarak zamanla değişebilir⁴⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mevzuatın belirsiz olması veya birden fazla yoruma açık hükümler içermesi durumunda mükellefin lehine olanın kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁹. Fakat ulusal mahkemeler mükellefin lehine yorumlamadığı için 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesi ihlâl edilmiştir.

- Son olarak da *N.K.M. v. Macaristan*⁵⁰ davası, incelenmesi gereken bir davadır. Çünkü, bu davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vergi aslını mülkiyet hakkı bağlamında ele almıştır. İlgili davada başvuru 30 yıldır çalışan bir devlet memuru olup kamudaki önlemler çerçevesinde işten çıkartılmıştır. İlgili mevzuata göre işten çıkartılmasının karşılığı olarak da 8 aylık maaşına denk gelen kısım kadar tazminata hak kazanmıştır. Ancak başvurunun tazminatının 3.5 milyon Macar Forinti'ni aşan kısmı % 98 oranında vergiye tâbi tutulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kıdem tazminatını 1 No'lu Ek Protokol'ün 1'inci maddesi kapsamında malvarlığı olarak kabul etmiştir⁵¹. Genel olarak Macaristan'da gelir vergisi % 16 olup başvuru yaklaşık % 52 oranında vergiye tâbi tutulmuştur⁵². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre başvurucuya aşırı bir yük getirilmiş olup yüksek vergi oranının bütçe açığını düzeltmek amacına hizmet edildiği düşünülse bile vatandaşların çoğu için böyle bir durum söz konusu değildir⁵³. Alınan tüm önlemler sosyal adaleti gerçekleştirmek için alınmış olmasına karşın kamu yararı temelde meşrulaşmamıştır ve söz konusu önlemler orantısızdır⁵⁴. Devletlerin vergi toplamasındaki temel amacı kamu yararını gerçekleştirmek olmasına rağmen, vergilendirmede orantısızlığın mülkiyet hakkını ihlâl edeceği sonucuna varılabilir.

⁴⁸ Serkov v. Ukrayna, paragraf 39-40 (Çeviren: **Sarıcaoğlu**, s. 141).

⁴⁹ Serkov v. Ukrayna, paragraf 43 (Çeviren: **Sarıcaoğlu**, s. 142).

⁵⁰ App No: 66529/11 (2013). N.K.M. davasında aynı yönde görüş bildiren yargıçlara göre bir içtihat değişikliğine gidilmemiş olmasına rağmen (N.K.M. v. Macaristan, Concurring Opinion of Judge Lorenzen, p. 27.) öğretilerde bu kararlar birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine gittiği yönünde görüşler de vardır ve bu görüşe göre de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mülkiyete vergisel konularda müdahalelere ilişkin pasif tutumunu değiştirmiştir (**Gemalmaz**, Haydar Burak: "Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Macaristan'a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi", İstanbul Barosu Dergisi, 88(2), 2014, ss. 129-130, 141).

⁵¹ N.K.M. v. Macaristan, paragraf 36.

⁵² N.K.M. v. Macaristan, paragraf 66.

⁵³ N.K.M. v. Macaristan, paragraf 72.

⁵⁴ N.K.M. v. Macaristan, paragraf 75.

Mülkiyet hakkına ilişkin bahsedilen tüm hususlar dikkate alındığında mülkiyet hakkının ihlâl edilmesi mükellef hakkının ihlâli anlamına gelecektir. Bu bağlamda vergilerin konusunun, matrahının, oranının belirlenmesi gibi hususlarda yapılacak ihlâller mülkiyet hakkını doğrudan etkilemektedir. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vergilendirme işlemleriyle ilgili olarak mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılan malın vergi idaresince müsadere edilmesini, vergi iadesi talebini, ek gelir vergisi tarhiyatını, vergi idaresinin taşınmaz üzerinde önalım hakkını kullanmasını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmesi bu durumu doğrulamaktadır. Neticede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında mülkiyet hakkı, mükellef hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI

A. Genel Açıklama

Bir insan hakkı olarak “âdil yargılanma hakkı” kavramının nasıl adlandırılması gerektiği ve hakkın tam olarak ne ifade ettiği doktrinde sıkça tartışılmıştır. Adaletin kendisinden beklenen işlevleri yerine getirebilmesi için uyulması gereken asgari standartlar âdil yargılanma hakkının kapsamını oluşturmaktadır⁵⁵. Yargılamanın gerçekleri yansıtabilmesi için, uyumsuzluğun tarafları arasında fiilî ve hukukî bir fark gözetmeden, iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı yargılama, âdil bir yargılamadır⁵⁶.

Adil yargılanma hakkı, “*tabii hâkim ilkesine bağlı, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından, makûl sürede, aleni ve hakkaniyete uygun olarak yargılanmayı talep edebilme*” şeklinde tanımlanabilir⁵⁷. Bu hak sadece başlamış bir yargılamayı güvence altına almaz aynı zamanda bizzat dava etme hakkını da içerisinde barındırmaktadır⁵⁸.

⁵⁵ Çırak, Ezgi: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21, 2019, s. 1002; **Taner**, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 25.

⁵⁶ Çırak, s. 1002.

⁵⁷ **Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 923; **Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku-Vergi Anlaşmazlıklarının/Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 278.

⁵⁸ **Uçan**, Emine Sevcan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s. 9.

Hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısı olan âdil yargılanma hakkı, esasen adaletin dağıtımını ile değil adaletin âdil dağıtımını ile ilgilidir. Burada önemli olan âdil bir kararın verilip verilmediği değil, yargılama süreci boyunca âdil kararın verilmesi için gerekli olan şartların var olup olmadığıdır⁵⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde hak arama yolunun geçici veya sürekli olarak fiilen ya da hukuken kapatılması yahut kullanımını imkânsız kılacak bir biçimde şartlara bağlanıp sınırlanması âdil yargılanma hakkını ihlâl edecektir⁶⁰.

Günümüzde demokratik devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelen âdil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin de en önemli gereklerindedir. Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve adaletin en önemli koruyucularından birisidir. Bu bağlamda devletler, âdil yargılanma hakkını ya anayasalarında temel haklara ilişkin bölümünde belirterek ya da hukuk devleti kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar⁶¹. Adil yargılanma hakkı aynı zamanda kişilerin hem devlet önünde saygı gördüklerinin göstergesi hem de içinde yaşadıkları toplumda kendilerini değerli hissetmelerinin en önemli gereğidir⁶².

B. Adil Yargılanma Hakkının Hukukî Dayanağı ve Kapsamı

Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmektedir ve bu maddeye göre:

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlâk, kamu düzeni veya millî güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin âdil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde,

⁵⁹ **Pekantez**, Hakan: “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzmir Barosu Dergisi, (2), 1997, s. 37; **Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, 18. Baskıdan Ek Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 209; **Bayraktar**, Tuğba/**Koyuncu**, Nuran: “Adil Yargılanma Hakkı”, 2nd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS), 2017, s. 168.

⁶⁰ **Dilemre Öden**, Begüm: “Vergi Mükelleflerinin Mahkemeye Erişim Hakkı”, Vergi Sorunları Dergisi, (372), 2019, s. 126.

⁶¹ **Sencer**, Rasih Feridun: “Adil Yargılanma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, 2013, s. 112.

⁶² **Sencer**, s. 113.

*duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir*⁶³.”

Adil yargılanma hakkı Sözleşme’de yer almasına rağmen, kavramın tanımı yapılmamıştır. Fakat Sözleşme’de var olan hak ve güvenceler bir bütün olarak âdil yargılanmayı sağlamayı amaçlamıştır. Keza bu hak kişiye usûlî güvenceler sağlamaktadır ve adaletin “âdil dağıtım” ile ilgilidir⁶⁴. Adil yargılanma hakkı, mahkemeye başvurma hakkı, silahların eşitliği (yargılama sürecinde tarafların eşitliği) ve çelişmeli yargılama ilkeleri, susma hakkı gibi hak ve ilkelerle bağlantılıdır⁶⁵. Bu hakkın hangi uyumsuzluklara uygulanacağıın tespiti en zor konulardan biridir. Çünkü, Sözleşmenin 6’ncı maddesinin uygulama alanına tüm yargılama süreçleri dâhil edilmemiş sadece bir kısmı dâhil edilmiştir. Bu hak “medenî hak ve yükümlülükler” ile “suç isna-dı” süreçleri ile sınırlıdır⁶⁶. Keza bu kavramların tanımları da Sözleşme’de yer almamaktadır. Söz konusu kavramların kapsamı her olaya göre, iç hukuktan bağımsız bir şekilde belirlenmektedir⁶⁷.

Bir uyuşmazlığın “medenî hak ve yükümlülükler” kapsamında olması için tarafların özel hukuk kişisi olması gerektiği gibi uyuşmazlığa uygulanacak kanunun niteliği ve o uyuşmazlığı karara bağlayacak olan makam da önemli değildir⁶⁸. Burada önemli olan husus, uyuşmazlık konusu hakların

⁶³ **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5, 2010, s. 9; **Centel**, Nur: “Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 16(1-2), 2010, s. 6; **Kup Belge**, Kamuran: İdari Yargı Yöntüyle Adil Yargılanma Hakkı, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Samsun, 2019, s. 8.

⁶⁴ **Yaltı**, s. 80.

⁶⁵ **Yaltı**, ss. 81-82.

⁶⁶ Bkz. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, R. Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, ss. 220-221; **Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1, 2. Baskı, Yargıtay Başkanlığı ve Avrupa Konseyi Ortak Yayını, Ankara, 2013, s. 610; **Çağırın**, Mehmet Emin: Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, ss. 398-399.

⁶⁷ **Kartal**, Kaya: “Adil Yargılanma Hakkı”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, 2009, s. 48.

⁶⁸ **Arslan Öncü**, Gülay: “Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Bir Analiz”, TAAD, 6(20), 2015, s. 145; **Demirkıran**, Eyüp Kaan: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2020, s. 63.

niteliğidir⁶⁹. “Medenî hak ve yükümlülüklerin” Sözleşme’nin 6(1) maddesi kapsamında değerlendirilmesi için ilk olarak bir uyuşmazlığın bulunması gerekir; ikinci olarak, söz konusu uyuşmazlık iç hukukta tanımlanmış olmalıdır ve son olarak da uyuşmazlık konusu “haklar ve yükümlülükler” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki anlamıyla medenî olmalıdır⁷⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergiye ilişkin düzenlemelerin kamu alanına özgü olması nedeniyle kamusal bir yükümlülük olarak medenî hak ve yükümlülük kapsamında değerlendirilmeyeceği görüşündedir⁷¹. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, Sözleşme’nin kabul edilmesinden bugüne kadar kişiyle devlet arasındaki ilişkiler birçok açıdan değişim göstermiş olup, kamu hukuku alanındaki bazı hususlar medenî haklar kapsamında ele alınmıştır ve bu duruma arsa satışı, özel bir hastanenin işletilmesi, mülkiyet hakkının kullanımı, alkollü içki satışı için lisans verilmesi örnek olarak gösterilebilir⁷². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergilendirme ile ilgili gelişmeleri kabul etmekle birlikte vergi meselelerinin devletin halâ kamusal yetkisinin sert çekirdeği içinde yer aldığını ve vergi mükellefi ile devlet arasındaki ilişkinin kamusal niteliğinin ön plânda olduğunu kabul etmektedir⁷³. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme ve Protokollerinin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini ve 1 No’lu Ek Protokol’ün 1’inci maddesi kapsamında devletin, mükelleflerin vergi yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli düzenlemeler yapabileceğini belirtmektedir⁷⁴. Bu doğrultuda Ferrazzini davası medenî hak ve yükümlülüklerin vergiye ilişkin davalara da uygulanıp uygulanmayacağını tespitinde önemlidir. Bu davada başvuru çiftlik tatili düzenlemek amacıyla kurduğu şirkete arsa, mülk ve para aktarmıştır. Başvuru söz konusu aktarımları yaparken ilgili kanuna istinaden vergi mercilerine başvurarak indirim yapılması için talepte bulunmuştur. Ancak başvurusu reddedilmiştir. Daha sonra başvuru Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne, millî hukuk yargılamasının yaklaşık on üç yıl sürmesi nedeniyle âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, vergi

⁶⁹ **Doğru/Nalbant**, s. 612; **Kaşıkar**, M. Serhat: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (84), 2009, s. 241.

⁷⁰ **Doğru/Nalbant**, s. 610; **Cebre**, Ayvaz: “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(5), 2011, s. 381.

⁷¹ **Uçan**, s. 32.

⁷² Ferrazzini v. İtalya, App No: 44759/98 (2001), paragraf 27.

⁷³ Ferrazzini v. İtalya, paragraf 29.

⁷⁴ Ferrazzini v. İtalya, paragraf 29.

davaları maddî menfaatlerle ilgilidir. Ancak, bir uyuşmazlığın nitelik itibarıyla maddî olması tek başına madde 6(1)'deki “medenî” kapsamında değerlendirilmesi için yeterli değildir⁷⁵.

Neticede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, madde 6(1)'in medenî hak ve yükümlüklerin vergiye ilişkin uyuşmazlıklara uygulanmayacağına karar vermiştir⁷⁶. Ancak Mahkeme'nin olağan vergilendirme işlemlerinin madde 6(1) kapsamında değerlendirilmeyeceği yönünde içtihadı olsa da vergilendirme işlemlerinin sonucu olarak uğranılan zararın tazminine yönelik uyuşmazlıkları medenî hak ve yükümlülük kapsamına alıp bu madde çerçevesinde dikkate de aldığı görülmektedir⁷⁷.

Mükellefler vergi suç ve kabahatleri sonucunda hapis ya da para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bu nedenle de vergi cezalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen suç isnadı dâhilinde olup olmadığı gündeme gelmektedir. Suç isnadı kavramı da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanımlanmayarak kapsamı belirtilmemiştir. Bu kavram da otonom (özerk) bir kavramdır ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda suç isnadının belirlenmesine dair ölçütler geliştirilmiştir. Bir isnadın Sözleşme kapsamında “suç isnadı” olup olmadığı için de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üç ölçüt kullanmaktadır; “suçun iç hukuktaki yeri”, “suçun gerçek niteliği” ve “suç için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı(dır)”⁷⁸. Bunlara ek olarak, aşağıda belirtilen dört unsurun bulunması halinde madde 6(1) vergi cezalarına da uygulanmaktadır ve söz konusu unsurlar şöyledir: “(1)vergi para cezalarını düzenleyen kanun, vergi mükellefleri olan bütün vatandaşları kapsamalı;(2) vergi para cezası bir zarara karşılık maddi tazminat amacı değil, fakat esas itibarıyla yeniden suç işlemeyi caydırıcı bir ceza amacı taşımalı; (3)ceza hem caydırıcı hem de cezalandırıcı genel bir kurula göre verilmiş olmalı; ve (4) vergi para cezası önemli olmalıdır”⁷⁹. Sözleşme'nin madde 6(1) hükmünün vergi cezalarına uygulanabilmesine rağmen, salt vergi matrahı veya yeniden suç işlenmesini caydırmak yerine esas itibarıyla vergi makamlarına verilen zararın tazmin amacını taşıyan geç ödeme sonucunda uygulanan faiz ile ilgili davalar

⁷⁵ Ferrazzini v. İtalya, paragraf 25.

⁷⁶ Ferrazzini v. İtalya, paragraf 29-30.

⁷⁷ **Dilemre Öden**, Türk Vergi Hukukuna Etkisi, s. 224.

⁷⁸ **Doğru/Nalbant**, s. 616; Çayan, Gökhan: Adil Yargılanma Hakkı, Birinci Basım, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 37.

⁷⁹ **Doğru/Nalbant**, s. 617.

kapsam dışındadır⁸⁰. Suç isnadının madde 6(1) kapsamında olduğu kabul edilmiş ancak idarî para cezalarının bu kapsamda olup olmadığı tartışılmıştır. Bu konuyu da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk kez *Bendenoun v. Fransa*⁸¹ davasında açıklık getirmiş olup vergi cezalarının suç isnadı olarak kabul edileceğini belirtmiştir.

C. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, kişilerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve âdil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır⁸². En genel anlamıyla bir mahkeme kararı elde edebilme hakkını güvence altına almaktadır⁸³.

Mahkemeye erişim hakkı, iç hukukta var olan bütün mahkemelere ulaşma hakkını kapsamaktadır. Benzer şekilde genel olarak kabul edildiği gibi iç hukukta kişinin şahsına özgü haklarını korumaya yönelik başvuracağı bir yargı yolunun olmaması da bu hak dâhilindedir. Bu hak, mutlak bir hak olmayıp sınırlamalara tâbidir ve bu sınırlama Sözleşmeye taraf devletler tarafından kişilerin ihtiyaçları ve topluma göre belirlenir ama bu sınırlamalar kişilerin bu hakkının özüne dokunmamalıdır⁸⁴. Buna ek olarak, sınırlama meşru bir amaç gütmeli ve kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makûl bir oran olmalıdır. Mahkemeye başvurmada “makûl bir oranlılık ilişkisi” çerçevesinde harç ödemelerinin söz konusu olması, bu duruma bir örnektir. Millî kanun koyucunun bu yetkiyi meşru bir amaç çerçevesinde kullanıp kullanmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmektedir⁸⁵.

Mahkemeye erişim hakkı, açıkça madde 6(1)’de ifade edilmemiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hukukun üstünlüğünden

⁸⁰ **Doğru/Nalbant**, s. 617.

⁸¹ App No: 12547/86 (1994). Adı geçen karar Yargılama Sürecinde Tarafların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri başlığı altında açıklanmaktadır.

⁸² **Ekinci**, Ahmet: “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(3-4), 2014, s. 823; **Aydın**, Alper: “Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (34), 2018, s. 539.

⁸³ **Çayan**, Gökhan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (28), 2016, s. 238.

⁸⁴ *Golder v. Birleşik Krallık* App No: 4451/70 (1975), paragraf 38.

⁸⁵ **Hoşten**, Zamira: “Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı”, Terazi Hukuk Dergisi, 14(156), 2019, s. 1546.

yola çıkararak, bu hakkın madde 6(1) kapsamında olduğunu kabul etmektedir⁸⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre:

“Medeni hak uyumsuzluklarında mahkemeye başvurma ihtimalinin bulunmadığı yerde hukukun üstünlüğünü tasavvur etmek zordur...Sözleşmenin 6/1'inci maddesi, sadece, bir mahkeme önünde zaten başlatılmış olan bir davanın görülmesine ilişkin olarak anlaşılıysaydı, bir Sözleşmeci Devlet söz konusu metni ihlal etmeksizin, mahkemeleri kapatabilir, ya da bunların medeni nitelikteki belirli olaylara ilişkin davaları karara bağlama yetkilerini alıp, hükümete bağlı organlara verebilirdi. Böylesi yetkiler keyfi iktidar tehlikesi ile birlikte, yukarıda belirtilen ilkelere aykırı nitelikte, Mahkemenin görmezden gelemeceği ciddi sonuçlar doğururdu. Mahkemeye göre Sözleşmenin 6/1'inci maddesinin görülmekte olan dava için taraflara tanıdığı usul güvencelerini ayrıntılı olarak tanımlarken bu tür güvencelerden yararlanmayı mümkün kılan mahkemeye başvurmayı korumaması düşünülemez. Eğer ortada bir dava yoksa, yargılamanın adil, aleni ve süratli olmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır...⁸⁷”.

Janosevic kararı⁸⁸ mahkemeye erişim hakkı bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlardan biridir. Bu kararda başvurucu bir taksi işletmecisi olup vergi beyannamesindeki usûlsüzlük nedeniyle vergi dairesi tarafından ek vergi ödemesine karar verilmiştir. Bunun üzerine başvurucu ek matrahın yanlış hesaplandığını ve tarhiyat hakkında mahkeme karar verinceye kadar yürütmenin durdurulmasını talep etmiştir. Çünkü başvurucu, mahkeme karar vermeden önce işletmenin iflâs etme riski olduğunu iddia etmiştir. Ancak, başvurunun söz konusu talebi ve diğer başvuruları reddedilmiştir. Mevcut olayda Janosevic vergi tarh işleminin yeniden incelenmesi için vergi idaresine itirazda bulunmuştur. Fakat, bu itirazdan sonra icra işlemleri başlatılmış ve mahkemenin nihaî bir kararı olmadan iflâsı ilân edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergi idaresinin gözden geçirme işleminin yaklaşık 3 yıl sürdüğünü, davanın şartlarının gerektirdiği ivedilikle yapılmadığını ve bunun sonucu olarak da ek vergi konulması hakkında esas meselenin mahkemece belirlenmeksizin gereksiz bir şekilde geciktirdiği gerekçesiyle davacının mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir⁸⁹.

⁸⁶ Yaltı, s. 114.

⁸⁷ Başaran, Başar: Adil Yargılanma Hakkı, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s. 59.

⁸⁸ Janosevic v. İsveç App No: 34619/97 (2002).

⁸⁹ Janosevic v. İsveç, paragraf 90. Ayrıca bkz. Mahkemeye erişme hakkının ihlâli Vastberga Taxi Aktiebolag ve Vulic v. İsveç App No: 36985/97 (2002).

Mahkemeye erişim hakkı kişilerin iddialarını ve savunmalarını yargı mercii önünde savunma hakkı veren bir haktır. Ancak bu hak mutlak değildir ve bu nedenle de sınırlandırılabilir. Sınırlandırmanın yapılabilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı ölçütler geliştirmiştir. İlk olarak yapılacak sınırlandırmalar, bu hakkın özüne dokunmamalıdır. İkinci olarak, sınırlama meşru bir amaç gütmelidir. Son olarak ise, kullanılan araçlarla gerçekleştirilen amaç arasında makûl bir oran olması gerekmektedir. Bahsi geçen üç ölçütten birinin gerçekleşmemesi halinde mahkeye erişim hakkı ihlâl edilmiş olacaktır.

Ç. Makûl Sürede Yargılanma Hakkı

Bu hak, tarafları yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, makûl sürede yargılanma hakkının ceza ve hukuk davalarını kapsadığını; fakat, vergi aslına ilişkin yargılama sürelerinin 6'ncı madde kapsamında değerlendirilmediğini belirtmektedir⁹⁰. Vergi yargılamalarının uzun sürmesi hem kişi hem de devlet bütçesinde zarara sebebiyet vermesi bakımından bu davaların makûl sürede yapılması önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır⁹¹. Yine genel olarak “makûl süre”, adaletin etkinliğini ve inanılrlığını zayıflatabilecek gecikmeler olmaksızın, bir ceza veya medenî hukuk ya da idarî bir davanın makûl bir süre içinde görülmesini sağlayan bir güvence olarak görülmektedir⁹². Başka bir deyişle, davanın açılması ile kararın verilmesi arasında geçen sürenin uzun olması kamunun adalet sistemine inancının sarsılmasına sebep olur. Bu hak, kişilerin menfaatlerini iki şekilde korumayı hedeflemektedir. Öncelikle kişiler, kendi gelecekleri hakkında uzun bir süre belirsizlik altında kalmaktan kurtulmaktadır. İkinci olarak, kişilerin etkin bir savunma yapabilmesini sağlamaktadır⁹³.

⁹⁰ **Yaltı**, s. 121; **Özkan Duvan**, Ayşe: “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1), 2019, s. 287.

⁹¹ **Uçan**, s. 92; **Şahin**, İsmail: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali”, Yıldırım Beyzıt Hukuk Dergisi, (1), 2019, s. 226; **Gölcüklü**, Feyyaz: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 49(3), 1994, s. 213; **Doğmuş**, Simay: “Vergi Uyuşmazlıkları Bakımından Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2020, s. 1152.

⁹² **Keskin**, Bayram: “İdari Yargılamada Makul Süre Kavramının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İncelenmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, s. 395; **Özkan Duvan**, s. 290.

⁹³ **Özgüven**, Ali Volkan: “Adil Yargılanma İlkesi ve Vergi İhtilaflarındaki Uygulaması-I”, Vergi Sorunları Dergisi, (197), 2005, s. 198; **Turan**, Hüseyin: “Avrupa İnsan Hakları

Genel olarak, bir yargılamanın makûl olup olmadığı her somut olaya göre ayrı bir şekilde değerlendirilmektedir. Örneğin, kan nakli yapılan ve AIDS hastalığı bulaşan bir kişinin yaptığı başvuruda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, millî mahkemede davanın yirmi bir ay sürmesini, hastanın sağlık durumunu dikkate almak suretiyle, makûl süre aşımı olarak kabul ederek mahkûmiyet kararı vermiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her davada geçerli olabilecek mutlak bir süre belirlememiş olmasına rağmen ceza ve hukuk davaları bakımından bazı tespitler yapmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, makûl sürenin başlangıcı ceza davalarında kişi hakkında bir suç isnadının yapıldığı an kabul edilir ve bu süre davanın nihaî olarak karara bağlandığı ana kadar devam eder. Hukukî ve idarî davalarda ise, süre kural olarak mahkemeye davanın getirildiği anda başlar. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı durumlarda sürenin daha önce başlayabileceğini *König v. Almanya*⁹⁴ davasında belirtmiştir. Söz konusu tespitlere ek olarak Mahkeme, bir sürenin makûl olup olmadığının değerlendirilmesinde bazı ölçütleri de kabul etmiştir. Bunlar: “davanın karmaşıklığı”, “başvurucunun tutumu”, “yetkili idarî makamların ve yargı mercilerinin tutumudur”⁹⁵.

Özetle makûl sürede yargılanma hakkı, her somut olaya göre değerlendirilmektedir. Dolayısıyla vergi davaları için de kesin bir makûl süre tespiti yapmak mümkün değildir. Olay fazla karmaşıkta, pek çok belgenin incelenmesini ve tanığın dinlenmesini gerektiriyorsa, bu yargılamanın uzaması makûl olarak değerlendirilebilecektir. Eğer mükellef kendi kusuruyla buna sebep olmuşsa, kendi kusurlu hareketinden lehine sonuç çıkarması mümkün değildir⁹⁶. Başka bir deyişle, bazı durumlarda başvuran, gereksiz deliller sunarak veya tanıklar dinleterek yargılama sürecini uzatmaya çalışması durumunda makûl sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğini iddia edemez⁹⁷.

Hozee davası⁹⁸ vergi mükelleflerinin hakları kapsamında makûl sürede yargılanma hakkına örnek olarak gösterilebilir. Olayda başvurucunun şirketlerinde inceleme başlatılmış ve ardından vergi kaçakçılığı şüphesi ile takibat

Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (11), 2012, s. 51.

⁹⁴ App No: 6232/73 (1978), paragraf 98.

⁹⁵ **Yaltı**, s. 122; *König v. Almanya*, paragraf 99 ve *Ringeisen v. Avusturya* App No: 2614/65 (1973), paragraf 110.

⁹⁶ **Dilemre Öden**, *Türk Vergi Hukukuna Etkisi*, s. 307.

⁹⁷ **Dilemre Öden**, *Türk Vergi Hukukuna Etkisi*, s. 307.

⁹⁸ *Hozee v. Hollanda* App No: 81/1997/865/1076 (1998).

yapılmıştır. 31.12.1981 tarihinde şirkete ek vergi tarh edilmiş ve 1981-1984 tarihleri arasında şirket bünyesinde incelemeler yapılmıştır. 1984'te başvuru sorguya alınmış, soruşturma 1985'te başlamış ve 01.12.1992 tarihine kadar sürmüştür. Başvurucu makûl sürede yargılamanın yapılmadığını özellikle de dava öncesi soruşturma aşamasının uzun sürdüğü gerekçesiyle madde 6(1)'in ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi makûl süre başlangıcı olarak, başvurunun suç şüphesi ile sorguya alındığı 1984 yılını dikkate almış, 1984-1992 yılları arasındaki dönemin makûl olup olmadığını incelemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, yetkililer vergi kaçakçılığını tespit için çok fazla hesap incelemiştir ve yine davanın açılabilmesi için çok fazla tanıktan delil toplamıştır. Tüm unsurları bir araya getirerek, hepsini incelemek zorunda kalmışlardır⁹⁹. Daha sonraki aşamada başka şüphelilerin iştirakiyle dava daha kapsamlı bir hâl almıştır ve bu nedenle dava öncesi geçen sürenin makûl olmadığı sonucuna varılmamalıdır¹⁰⁰. Davanın karara bağlanması aşamasında 3 yıl 10, 5 haftalık bir süre geçmiştir ve bu süre de uzun bir süre değildir¹⁰¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu hususlar dikkate alındığında ihlâl olmadığına karar vermiştir.

D. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

1. Genel Açıklama

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla oluşturulmuştur. Bu hak, tüm önemli olgu ve hukukî meseleleri yeterli biçimde ortaya koyabilme, bu hususta delil ileri sürebilme, yargılamaya katılan başka kişilerin görüşlerinden ve delillerinden bilgi sahibi olabilme imkânı vermektedir¹⁰². Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, yargılama sürecinde tarafların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkeleri, suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkı, susma hakkı, tanıkların sorgulanması ve tanık dinlenilmesi hakkı gibi çeşitli hakları kapsamaktadır¹⁰³. Söz konusu haklar, alt başlıklarda detaylı bir biçimde ele alınmaktadır.

⁹⁹ Hozee v. Hollanda, paragraf 52.

¹⁰⁰ Hozee v. Hollanda, paragraf 52.

¹⁰¹ Hozee v. Hollanda, paragraf 53.

¹⁰² **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 234.

¹⁰³ Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı; hukukî dinlenilme hakkı, avukatla temsil hakkı, aleni yargılanma hakkı, tercümandan yararlanma hakkı ve gerekçeli karar hakkı gibi hakları bünyesinde barındıran geniş bir kavramdır. Bu nedenle bahsi geçen haklara konuyu sınırlandırabilmek adına yer verilmemiştir.

2. Yargılama Sürecinde Tarafların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri

a. Genel Açıklama

Yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesi felsefi olarak muhakeme hukuku alanında bir doğal hukuk ilkesidir ve bu ilke, eşitlik, adalet ve hukuk devleti kuralları arasındaki bölünmez bağı ifade etmesi sebebiyle muhakeme hukukunda gerçek bir doğal hukuk ilkesini oluşturmaktadır¹⁰⁴.

Mahkeme önünde sahip olunan haklar ve yükümlülükler bakımından, taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin yargılamanın tüm aşamalarında korunması yargılamanın hakkaniyete uygun yapılması bakımından önemlidir. Yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesi olarak isimlendirilen bu ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça zikredilmese de hakkaniyete uygun yargılanmanın bir gereği olarak Mahkeme'nin içtihatlarında yer edinmiştir¹⁰⁵.

Yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesi hem ceza davalarında hem de şahsî haklarla ilgili davalarda uygulanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesi geniş anlamda âdil yargılamanın bir unsuru olup taraflardan her birine kendi davalarını savunma hususunda diğerine karşı dezavantajlı bir duruma düşmemesi için makûl fırsatların verilmesini gerektirmektedir¹⁰⁶. Böylelikle, savunma ve iddia makamına eşit imkânlar tanınıp eşit muamelede bulunmalı ve taraflara aynı çerçevede bilgi verilerek aynı şartlar altında kendilerini savunma imkânı tanınmalıdır¹⁰⁷. Yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesi, usûle ilişkin hakları güvence altına almaz. Ancak bu usûle ilişkin hak taraflar arasında bir adaletsizliğe neden olmuşsa, eşitliğin sağlanması için bu ilkeye başvurulmaktadır¹⁰⁸.

Çelişmeli yargılama ilkesi, *“bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla ulusal yargının bağımsız bir mensubu tarafından bile olsa gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşlerle*

¹⁰⁴ **Tezcan**, Durmuş: “AİHM’in Silahların Eşitliği Kapsamında, Göç-Türkiye Davasıyla Başlayan Sürece Nihat Ateş-Türkiye Davasıyla Getirdiği Yeni Anlayış”, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan, 2014, s. 528.

¹⁰⁵ **Uçan**, s. 97; **Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, (Çeviren: Serkan Cengiz), Strazburg, 2012, s. 55.

¹⁰⁶ Kress v. Fransa App No: 39594/98 (2001), paragraf 72.

¹⁰⁷ **Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok**, s. 235.

¹⁰⁸ **Doğru/Nalbant**, s. 636; **Taner**, s. 97.

ilgili bilgiye sahip olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme hakkının tanınması” anlamına gelmektedir¹⁰⁹. Çelişmeli yargılama ilkesi de yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesi gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde açıkça düzenlenmemiştir¹¹⁰. Davanın sonucunu etkiler nitelikteki bir bilginin, belgenin ya da delilin tarafların incelemesine sunulmadan ulusal mahkemelerce hükme esas tutulması yargılamanın hakkaniyete uygunluğunu şüpheye düşüreceğinden, çelişmeli yargılama hakkı, âdil yargılanma hakkının alt başlığı olan hakkaniyete uygun yargılanma kapsamında değerlendirilmektedir¹¹¹.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Örnekleri

Yargılama sürecinde tarafların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ile ilgili aşağıdaki kararlar örnek olarak verilebilir:

- *JJ v. Hollanda*¹¹² davasında karşı görüş bildirme imkânının tanınmadığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurulmuştur. Başvurucuya cezalı gelir vergisi tarhiyatı yapılmıştır. Başvurucu, İstinaf Mahkemesi’ne itirazda bulunmuş; fakat, mahkeme harcı yatırmadığı gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Başvurucu ise, harcın ödenmemesinin ilgili bankanın hatası olduğunu, kendisinin bundan dolayı sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, Yüksek Mahkeme’den önceki yargılamada başvuru hakkında bir cezai isnat söz konusudur ve Hollanda Yüksek Mahkemesi’nin tâbi olduğu usûl kuralları dikkate alındığında savcının mütalâasının çok önemli olduğu görülmektedir¹¹³. Bu bağlamda başvuru Yüksek Mahkeme Başsavcısının mütalâasına karşı cevap verememesi sonucu davaya katılma hakkı ihlâl edilmiştir¹¹⁴.

- Diğer bir örnekte *Mialhe v. Fransa* (No:2) kararıdır. Olayda başvurunun şirket merkezinde ve Filipinler Fahri Konsolosluğunda gümrük görevlileri arama yapmış ve çok sayıda belgeye el koymuştur. Arama ve el koyma, sadece malî denetimle sınırlı olmayıp aynı zamanda başvurunun

¹⁰⁹ Doğru/Nalbant, s. 636.

¹¹⁰ Sevdiren, Öznur: “Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Teşhis İşlemi ve Bu İşlemden Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2019, s. 33.

¹¹¹ Güngör, Burak: Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı’nın Bireysel Başvuru Usulünde İncelenmesi, Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Kocaeli, 2019, s. 152.

¹¹² App No: 21351/93 (1998).

¹¹³ JJ v. Hollanda, paragraf 42.

¹¹⁴ JJ v. Hollanda, paragraf 43.

Fransa’da ikamet edip etmediğinin soruşturulmasını da kapsamaktadır. Başvurucu, hapis cezasına çarptırılmış ve el konulan belgeleri de iade edilmiştir. Başvurucu Gelir İdaresi’nin elindeki tüm belgelere ulaşamadığını ve bu nedenle kendini savunmadığını iddia ederek yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesine aykırılık iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur¹¹⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurunun hem Fransa’daki hem de Filipinler’deki belgelere ulaşma imkânının olduğu sonucuna varmıştır¹¹⁶. Davayı millî mahkemeler, kendi sınırları içinde inceleyip yalnızca dosyada yer alan ve tarafların ortaya koyduğu belgelere dayanarak hüküm vermiştir¹¹⁷. Sonuç olarak da başvuru adil bir şekilde yargılanmış ve 6’ncı madde ihlâl edilmemiştir.

- *Bendenoun v. Fransa* davasında başvuru, aleyhine açılan davalarda idarenin elindeki bütün bilgi ve belgelere ulaşamamış olduğunu iddia etmiştir. *Bendenoun*, yetkililerin kendisiyle ilgili olan dosyanın tamamını vermediğini ve böylelikle kendini aklamadığını iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil bir yargılama için hazinenin de belli belgeleri davacıya verme yükümlülüğünün olduğunu ve temel belgelerin davacıya verilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹¹⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurunun kendisi ile ilgili temel belgelerin bir nüshasına ulaşmadan vergi kaçakçılığı suçuyla suçlanamayacağını belirtmiştir¹¹⁹. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Bendenoun*’un çoğu belgenin varlığından ve içeriğinden haberdar olup en azından ceza soruşturması sırasındaki tüm belgelere sahip olduğu sonucuna varmıştır¹²⁰. Böylelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, adil yargılanma hakkı ihlâl edilmemiştir.

3. Diğer Haklar

a. Genel Açıklama

Çalışmanın bu alt başlığında hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ilişkin, suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkı, susma hakkı, tanıkların sorgulanması ve tanık dinlenilmesi hakkı incelenmektedir.

¹¹⁵ Turinay, Faruk: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1996 Tarihli Mialthe V. Fransa Kararı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, (3), 2014, s. 341.

¹¹⁶ Turinay, ss. 343-344.

¹¹⁷ Turinay, s. 343.

¹¹⁸ Bendenoun v. Fransa, paragraf 52.

¹¹⁹ Bendenoun v. Fransa, paragraf 52.

¹²⁰ Bendenoun v. Fransa, paragraf 52.

b. Masum Sayılma Hakkı

Sözleşmenin 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre, “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*” şeklinde ifade edilmiştir¹²¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, bir kişinin hem suçlu olduğu ispatlanmamış hem de kendisine savunma hakkı verilmemişse masumiyet karinesi ihlâl edilmektedir¹²². Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu hakkın sadece mahkemeler tarafından değil aynı zamanda diğer kamu makamları tarafından da ihlâl edilebileceğini belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, “*...Bir mahkemenin üyelerinin, görevlerini yerine getirirken, sanığın kendisine isnad edilen suçu işlediği iddiasıyla işe başlamaları gerekir; ispat külfeti iddia makamına aittir ve her türlü şüpheden sanık yararlanır. Ayrıca, iddia makamının, aleyhinde yapılacak davayı sanığa bildirmesi, böylece sanık, savunmasını buna göre hazırlayıp sunabilecek ve mahkum edilmemek için yeterli delil sunacaktır*”¹²³.

- *A.P., M.P. ve T.P. v. İsviçre*¹²⁴ kararında miras bırakanın ölmeden önce vergi kaçakçılığı nedeniyle para cezası kesilmiş ve bu ceza miras bırakanın varislerinden istenmiştir. Başvurucular, miras bırakanın işlediği suçtan dolayı, kendilerinin sorumlu tutulamayacaklarını iddia etmişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ölen bir kimsenin diğer borçlarında olduğu gibi, vergi borcunun da terekeden tahsil edilebilmesinin olağan olduğunu belirtmiş ancak ölen bir kimseye verilen para cezasının mirasçılardan alınmasının bahsedilen durumdan farklı olduğunu ifade etmiştir¹²⁵. Başka bir deyişle, cezaların şahsiliği ilkesi gereği, vergi cezaları ölümle birlikte sona ermektedir. Suç işleyen bir kimsenin işlediği suçla ilgili cezaî sorumluluğunun ölümünden sonra devam etmemesi ceza hukukunda kabul edilen temel bir prensip olup İsviçre Hukuku'nda da bulunmaktadır¹²⁶. İsviçre Ceza Kanunu madde 48(3)'te, suçlunun ölümü hâlinde verilen para cezasının ortadan

¹²¹ **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5, 2010, s. 10; **İşık, Hüseyin**: “Suçsuzluk Karinesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (1), 2012, s. 118.

¹²² **Değirmencioglu, Burcu**: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Masumiyet Karinesi”nin Korunması”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2019, s. 310.

¹²³ **Barbera, Messegue ve Jabardo v. İspanya** App No: 10590/83 (1988), paragraf 77; **Ormanoğlu, Hatice Derya**: “Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, s. 2246.

¹²⁴ App No: 71/1996/690/882 (1997).

¹²⁵ *A.P., M.P. ve T.P. v. İsviçre*, paragraf 46.

¹²⁶ *A.P., M.P. ve T.P. v. İsviçre*, paragraf 48.

kalktığı yer almaktadır ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir kurulumun Sözleşme'nin madde 6(2) kapsamında olduğunu ifade etmiştir¹²⁷. Bu bağlamda da maddenin ihlâl edildiği sonucuna varılmıştır.

c. Susma Hakkı

Susma hakkı, âdil yargılanmaya ilişkin bir diğer haktır. Susma hakkı, “kişinin kendini suçlayıcı bir duruma düşmesine yol açacak şekilde zorlanmama hakkının bulunduğu ifade eder”¹²⁸. Susma hakkının iki yönü olup bunlardan birincisi hiç kimsenin kendini suçlayıcı belge ve/veya ifadeyi yetkili makamlara vermeme hakkını kapsarken, ikincisi ise kişinin sessiz kalmasının aleyhinde delil olarak kullanılmamasına ilişkindir¹²⁹. Susma hakkı, bir suç isnadı varsa açık bir şekilde madde 6(1) kapsamında olmalıdır¹³⁰. Ceza davalarında iddia makamının, kişiyi zorlamadan ve ona zarar vermeden sanık aleyhinde olan delilleri toplaması gerekir. Bununla bağlantılı olarak, susma hakkının, kendi kendini suçlayıcı delilleri vermeme hakkının bir uzantısı olarak isbat hukukuyla yakından ilişkili olduğu açıktır¹³¹.

Susma hakkı hem Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin genelinde açıkça yer almamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, susma hakkını âdil yargılanma kapsamında değerlendirmektedir¹³². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu hakkı ilk kez *Funke* davasında¹³³ madde 6(1) kapsamında incelemiş ve *Saunders*¹³⁴ ve *John Murray*¹³⁵ davalarında bu içtihadını geliştirmiştir.

¹²⁷ A.P., M.P. ve T.P. v. İsviçre, paragraf 48.

¹²⁸ **Yaltı**, s. 139; **İnce Tunçer**, Asuman: “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2018, s. 357; **Haydar**, Nuran: Susma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 29.

¹²⁹ Ayrıca susma hakkı, “hiçbir şüpheli ve sanık konuşmaya veya kendini suç altına sokmaya zorlanamaz” ilkesinden gelen evrensel bir haktır (**Yaltı**, s. 139; **Kocaoğlu**, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, (1), 2011, s. 31; **Demirbaş**, Timur: “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik”, Legal Hukuk Dergisi, (32), 2005, s. 2878.

¹³⁰ **Baker**, Philip: “Taxation and the European Convention on Human Rights”, British Tax Review, 2000, <http://www.fieldtax.com/wp-content/uploads/2015/04/BTR-2000-4-211-377-Taxation-and-the-European-Convention-on-Human-Rights.pdf>, E. T.: 12.04.2019.

¹³¹ **Yaltı**, s. 140; **Kan Aydın**, Çağrı: “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (91), 2010, s. 159.

¹³² Bkz. J.B. v. İsviçre App No: 31827/96 (2001).

¹³³ Funke v. Fransa App No: 10828/84 (1993).

¹³⁴ Saunders v. Birleşik Krallık App No: 19187/91 (1996).

¹³⁵ John Murray v. Birleşik Krallık App No: 18731/91 (1996).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre susma hakkı, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen, susma hakkı ve kendi kendini suçlamama hakkı genel olarak uluslararası standartlarda tanınmış olup 6'ncı maddenin de temelini oluşturmaktadır¹³⁶. Bu hakkın amacı, sanığın yetkililer tarafından uygun olmayan zorlamalara karşı korunması olup böylelikle hem adlî hatanın önlenmesini hem de 6'ncı maddenin amacının gerçekleştirilmesini sağlar¹³⁷. Kendi kendini suçlamama hakkı özellikle, iddia makamının, cezaî bir soruşturma yaparken, sanığa karşı, onun iradesi hilâfına, baskı ve zorlama olmadan, iddia makamının kendi iddiasını isbat etmesi gereğine dayanır¹³⁸. Bu bağlamda bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6(2)'de yer alan masumiyet karinesi ile ilgilidir¹³⁹. Kendi kendini suçlamama hakkı temel olarak sanığın susma hakkına saygı gösterilmesi ile ilişkilidir¹⁴⁰.

Funke davası susma hakkının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelendiği ilk davadır. Başvurucu Alman vatandaşıdır ve Fransa'da yaşamaktadır. Gümrük yetkilileri, *Funke*'nin yurtdışındaki malvarlığının ayrıntılarını öğrenmek için evinde arama yapmışlardır. Başvurucu gerekli banka bilgilerini vermeyi reddetmiş ve bu nedenle ilgili mahkeme başvurusunun, verdiği karara uyacağı tarihe kadar geçecek her gün için başvurusu para cezasına çarptırmıştır. Başvurucu da Sözleşme'nin 6(1) ve (2) maddelerinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, gümrük görevlileri kesinlikle emin olmamakla birlikte var olduğuna inandıkları belgeleri elde etmek için başvurusunun evine girmişlerdir¹⁴¹. Söz konusu belgeleri elde etme konusunda yetersiz veya isteksiz olan idare, başvurusunun işlemiş olduğu iddia edilen suçların delillerini vermeye zorlama girişiminde bulunmuşlar ve bu da kişinin susma hakkını ve kendini suçlamama hakkını ihlâl etmiştir¹⁴².

ç. Tanıkların Sorgulanması ve Tanık Dinlenilmesi Hakkı

Son olarak da tanıkların sorgulanması ve tanık dinlenilmesi hakkı, âdil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Tanıkların sorgulanması

¹³⁶ Saunders v. Birleşik Krallık, paragraf 68.

¹³⁷ Saunders v. Birleşik Krallık, paragraf 68.

¹³⁸ Saunders v. Birleşik Krallık, paragraf 68.

¹³⁹ Saunders v. Birleşik Krallık, paragraf 68.

¹⁴⁰ Saunders v. Birleşik Krallık, paragraf 69.

¹⁴¹ Funke v. Fransa, paragraf 44.

¹⁴² Funke v. Fransa, paragraf 44.

ve tanık dinlenilmesi hakkı madde 6(3-d) kapsamında açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir suç ile itham edilen herkes, “*İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek*” hakkına sahiptir¹⁴³. Bu hüküm “âdil yargılanma açısından delillerin değerlendirilmesi” yönünde bir ilke ortaya koymakta ve savunma tanıklarıyla birlikte iddia tanıklarının aynı haklara sahip olduğunu ifade etmektedir¹⁴⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, madde 6(3-d) hükmünü “yargılama sürecinde tarafların eşitliği ilkesinin” uzantısı olarak kabul etmektedir. Tanıkların dinlenilmesi sanığa istediği tüm kişileri tanık olarak dinletme hakkı vermemekte ve “*taraflar arasında eşitlik gözetilmek koşuluyla...sunulan bir delilin yararlı ve gerekli olup olmadığının -6. maddenin bütününe egemen adil yargılanma kavramına uygun düştüğü ölçüde- takdirini ulusal makamlara bırakmıştır*”¹⁴⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun, tanıkların sorgulanmaması ya da tanıkların dinlenilmemesinin âdil yargılanma hakkını ihlâl edeceğini kabul etmektedir¹⁴⁶. Bu bilgiler kapsamında tanığın sorgulanması ve tanık dinletme hakkı ile ilgili olarak *Chap LTD v. Ermenistan*¹⁴⁷ kararı incelenebilir. Chap LTD kararında, başvuru bir şirket olup 2005 yılında bir yerel kanal kurmuştur. 2007 yılında yapılan vergi incelemesinde şirketin özellikle reklâm gelirlerinden vergi kaçırdığı; yani, eksik vergi beyan ettiği tespit edilmiş ve bu yönde bir rapor hazırlanmıştır. Bu rapor dikkate alınarak, şirkete eksik vergi beyanında bulunduğu için yüksek meblağda para cezası kesilmiştir. Hazırlanan rapor, Ulusal Televizyon ve Radyo Komisyonu (NTRC) başkanı tarafından verilen belgelere ve ilgili reklâmı veren iş adamlarının ifadelerine dayanmaktadır. Başvuru şirket, ulusal düzeyde açılan davalarda NTRC başkanının ve ilgili iş adamlarının tanık olarak dinlenilmesini talep etmiş ancak bu talep reddedilmiştir. Şirket, vergi otoriteleri tarafından hazırlanan raporun dayandırıldığı tanık ifadelerinin mahkemede dinletilmediği ya da çapraz sorgu yapılması ile desteklenmediğini belirtmiştir¹⁴⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahke-

¹⁴³ **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5, 2010, s. 10.

¹⁴⁴ **Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2013, s. 306.

¹⁴⁵ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 306.

¹⁴⁶ **Uzun**, Mine: “Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri”, AÜHFĐ, 63(1), 2014, s. 228.

¹⁴⁷ App No: 15485/09 (2017).

¹⁴⁸ Chap LTD v. Ermenistan, paragraf 45.

mesi'ne göre, vergi otoriteleri başvuru şirketin aleyhine vergi yükümlülüğü oluştururken dayandırdıkları tek delil tanık ifadeleridir¹⁴⁹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, tanıkların mahkemede dinlenilmemesi nedeniyle başvuru şirketin zararlarını telafi edecek usulî güvenceler sağlanmamıştır¹⁵⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru şirketin makûl olmayan şekilde tanık dinleme hakkının kısıtlandığı sonucuna varmıştır. Başka bir ifade ile, tanıklar ne sorgulanmış ne de mahkemede dinlenilmiştir. Böylelikle de tarafların eşit düzeyde kendilerini savunma hakkının tanınmadığı sonucuna varılabilir.

SONUÇ

Devletler, vergilerin, para cezalarının ve diğer katkı paylarının ödenmesini sağlamak için düzenlemeler yapma ve gerekli tedbirler alma konusunda sınırsız bir yetkiye sahip değildirler. Bu sebeple devletler kamu yararını gerçekleştirmek, hukuka uygun olmak ve ölçülü olmak şartlarıyla mülkiyet hakkını sınırlandırabilir. Mülkiyet hakkı, vergilendirme ilişkisinde kişilerin malvarlığında bir eksilmeye neden olduğu için doğrudan mükellef haklarıyla bağlantısının olduğu söylenebilir. Vergi düzenlemeleri sırasında mükelleflerin haklarının ihlâli ile bağlantılı olarak mülkiyet hakkı ihlâl edilebilecektir. Başka bir deyişle, kişilerin mülkiyet hakkına yönelik vergiye ilişkin müdahaleler hukukî dayanağı ile kamu yararına uygun meşru bir amacı olmaması ve ölçüsüz olması durumunda, anılan müdahalelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâlini oluşturacağını söylemek mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde vergi borçları, verginin fazla ödenmesi ve vergi oranlarının tespiti gibi konuların mülkiyette eksilmeye sebep olmasından dolayı mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz. Keza, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kıdem tazminatını mülkiyet hakkı kapsamında ele almış olup, *N.K.M. v. Macaristan* kararında belirttiği gibi, vergi oranı tespitinin mükellefe şahsen aşırı bir yük getirmemesi şartıyla devletlerin bu konuda düzenleme yapabileceğini belirtmiştir.

Vergilerin konusunun, matrahının, oranının belirlenmesi gibi hususlarda yapılacak ihlâller mülkiyet hakkını doğrudan etkileyeceği için bu hak,

¹⁴⁹ Chap LTD v. Ermenistan, paragraf 50.

¹⁵⁰ Chap LTD v. Ermenistan, paragraf 51.

mükellef hakları kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hakkın mükellef hakkı kapsamında incelenmesinin sebebi vergilendirme işlemlerine dair bir hususun kişinin malvarlığında eksilme meydana getirmesidir. Böylece, mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında Mahkeme'nin içtihatlarıyla mükellef hakkı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir.

Çalışmada ele alınan bir diğer hak olan âdil yargılanmanın mümkün olabilmesi için, öncelikle mahkemeye erişim hakkının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkı, âdil yargılanmanın en temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Yargılanma imkânı olmayan bir kişinin, âdil yargılanma imkânı da olamaz. Bunun yanında, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması, âdil bir yargılanmayı oluşturan bir diğer unsurdur. Adil yargılanma hakkı kapsamında olan bir diğer hak olan makûl sürede yargılanma hakkı da oldukça önemlidir. Makûl süreyi aşan bir sürede sonuçlanan vergi davaları gerek mükellefler gerekse devlet bütçesi açısından önemli zararlar ortaya çıkarmaktadır. Uzun süren dava sonucunda davayı kaybeden mükellef yüksek tutarlarda gecikme faizi ile karşı karşıya kalabilmektedir. Bu durum da mükellef hakları açısından oldukça önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tüm yargılama süreçlerini âdil yargılanma hakkı kapsamına dâhil etmediği için bu hakkın uygulama alanının tespiti zordur. Çünkü, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin uygulama alanına tüm yargılama süreçleri dâhil edilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu hak "medenî hak ve yükümlülükler" ve "suç isnadı" ile sınırlandırılmıştır. Böylelikle vergi davalarının medenî hak ve yükümlülükler kapsamına dahil edilip edilmeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği *Ferrazzini v. İtalya* kararı yol göstericidir. Bu kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergi davalarının maddî menfaatlerle ilgili olduğunu ve bir uyuşmazlığın nitelik itibarıyla maddî olması tek başına madde 6(1)'deki "medenî" kapsamında değerlendirilmesinde yeterli olmayacağını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vergi uyuşmazlıklarının madde 6(1) kapsamı dışında olduğu sonucuna varmasına rağmen, vergilendirme işlemlerinin sonucu olarak uğranılan zararın medenî hak ve yükümlülük kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk kez *Bendenoun v. Fransa* kararında vergi cezalarının, suç isnadı olduğunu kabul etmiştir.

Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları, millî yargı organları üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Mükellef hakları konusunda değişen dünya anlayışının hukukî meseleler üzerindeki etkileri, verilen kararlar incelendiğinde görülmektedir. Devletler, hukuka aykırı bir vergi-

lendirme işlemi gerçekleştirdiği takdirde mükellefe verdiği zararı tazmin etmek durumundadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça mükellef hakları kavramına yer verilmemiştir ve Mahkeme de kararlarında açıkça mükellef haklarından bahsetmemiştir. Ancak, Mahkeme'nin vergi uyumsuzluklarına ilişkin kararlarına baktığımızda, mülkiyet hakkı ve âdil yargılanma hakkının mükellef hakları ile yakın ilişki içerisinde olduğu görülmektedir. Böylece mükellef haklarının uluslararası düzeyde korunmasının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sağlandığı sonucuna varılabilir.

KAYNAKÇA

- Acu**, Melek: “Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (110), 2014, ss. 403-434).
- Akça**, Kürşat: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 2015, ss. 543-596).
- Akılloğlu**, Tekin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler”, (İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 15(2), 2012, ss. 9-27).
- Arslan Öncü**, Gülay: “Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği: Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Bir Analiz”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 6(20), 2015, ss. 139-190).
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Avrupa Antlaşmaları Serisi, No. 5, 2010.
- Aydın**, Alper: “Mahkemeye Erişim Hakkı Işığında Vergi Mahkemelerinde Dava Açma Süreleri”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (34), 2018, ss. 537-585).
- Baker**, Philip: “Taxation and the European Convention on Human Rights”, British Tax Review, 2000, <http://www.fieldtax.com/wp-content/uploads/2015/04/BTR-2000-4-211-377-Taxation-and-the-European-Convention-on-Human-Rights.pdf>, E. T.: 12.04.2019.
- Başaran**, Başar: Adil Yargılanma Hakkı, (Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2007.
- Bayraktar**, Tuğba/**Koyuncu**, Nuran: “Adil Yargılanma Hakkı”, 2nd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS), 2017, ss. 161-177.
- Cebre**, Ayvaz: “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1(5), 2011, ss. 373-396).
- Centel**, Nur: “Adil Yargılama İlkesi ve Türk Hukukundaki Bazı Sorunlar”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 16(1-2), 2010, ss. 3-14).
- Çağran**, Mehmet Emin: Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara, 2020.
- Çayan**, Gökhan: Adil Yargılanma Hakkı, Birinci Basım, (Legal Yayıncılık), İstanbul, 2016, (Adil Yargılanma).

- Çayan, Gökhan:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (28), 2016, ss. 235-271), (Avrupa İnsan Hakları).
- Çırak, Ezgi:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21, 2019, ss. 997-1028).
- Değirmencioğlu, Burcu:** “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Masumiyet Karinesi”nin Korunması”, (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2019, ss. 307-356).
- Demirbaş, Timur:** “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik”, (Legal Hukuk Dergisi, (32), 2005, ss. 2871-2883).
- Demirkıran, Eyüp Kaan:** “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 1982 Anayasası Bağlamında Etkili Başvuru Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının Kapsam Alanlarının Karşılaştırılması”, (Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2020, ss. 49-88).
- Dilemre Öden, Begüm:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Vergi Hukukuna Etkisi, 1. Baskı, (Savaş Yayınevi), Ankara, 2017, (Türk Vergi Hukukuna Etkisi).
- Dilemre Öden, Begüm:** “Vergi Mükelleflerinin Mahkemeye Erişim Hakkı”, (Vergi Sorunları Dergisi, (372), 2019, ss. 122-131), (Mahkemeye Erişim Hakkı).
- Dinç, Güney:** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (51), 2004, ss. 133-151).
- Doğmuş, Simay:** “Vergi Uyuşmazlıkları Bakımından Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2020, ss. 1149-1190).
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1, 2. Baskı, (Yargıtay Başkanlığı ve Avrupa Konseyi Ortak Yayınevi), Ankara, 2013.
- Ekinci, Ahmet:** “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(3-4), 2014, ss. 821-848).
- Er, Selami:** “Mükellef Hakları ve Kamuda Faiz Uygulamaları”, (Sayıştay Dergisi, (81), 2011, ss. 3-32).
- Ertutar, Ege:** “Vergi Uyuşmazlıkları Kapsamında Mülkiyet Hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Nezdinde Değerlendirilmesi”,

<http://www.ksavukatlik.com/vergi-uyusmazliklari-kapsaminda-mulkiyet-hakkinin-avrupa-insan-haklari-mahkemesi-nezde-degerlendirilmesi/>, E.T.: 18.08.2020.

- Gemalmaz**, Haydar Burak: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında ‘Adil Denge’ İlkesi”, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 69(1-2), 2011, ss. 649-674), (Adil Denge İlkesi).
- Gemalmaz**, Haydar Burak: “Mali Güç Ölçütünü Dikkate Almayan Aşırı Vergi Mülkiyet Hakkı İhlalidir: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Macaristan’a Karşı 14 Mayıs 2013 Tarihinde Verdiği N.K.M. Kararının İncelenmesi”, (İstanbul Barosu Dergisi, 88(2), 2014, ss. 128-143), (N.K.M. Kararı).
- Gölcüklü**, Feyyaz: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 49(3), 1994, ss. 199-218).
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş, 18. Baskıdan Ek Baskı, (Ekin Yayınevi), Bursa, 2012.
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara, 2013.
- Grgić**, Aida/**Mataga**, Zvonimir/**Longar**, Matija/**Vilfan**, Ana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, (Çeviren: Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), Numara 10, Haziran, Belçika, 2007.
- Güngör**, Burak: Silahların Eşitliği İlkesi ve Çelişmeli Yargılama Hakkı’nın Bireysel Başvuru Usulünde İncelenmesi, (Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi), Kocaeli, 2019.
- Haydar**, Nuran: Susma Hakkı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2019.
- Hoşten**, Zamira: “Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı”, (Terazi Hukuk Dergisi, 14(156), 2019, ss. 1544-1551).
- Işık**, Hüseyin: “Suçsuzluk Karinesi”, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (1), 2012, ss. 103-145).

- İnce Tunçer**, Asuman: “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2018, ss. 355-379).
- Kamışlı**, Gani: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2018.
- Kan Aydın**, Çağrı: “Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (91), 2010, ss. 146-180).
- Karakoç**, Yusuf: Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, (Yetkin Yayınları), Ankara, 2014, (Genel Vergi).
- Karakoç**, Yusuf: Vergi Yargılaması Hukuku-Vergi Anlaşmazlıklarının/ Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, (Yetkin Yayınları), Ankara, 2017, (Vergi Yargılaması).
- Karataş**, Mustafa: “Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Vergilendirme Yoluyla Mülkiyet Hakkına Müdahalenin Sınırları”, (IX. Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu, 2019, ss. 163-194).
- Kartal**, Kaya: “Adil Yargılanma Hakkı”, (Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, 2009, ss. 45-63).
- Kaşıkara**, M. Serhat: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (84), 2009, ss. 231-259).
- Keskin**, Bayram: “İdari Yargılamada Makul Süre Kavramının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İncelenmesi”, (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2018, ss. 391-414).
- Kocaoğlu**, Serhat Sinan: “Susma Hakkı”, (Ankara Barosu Dergisi, (1), 2011, ss. 29-58).
- Kup Belge**, Kamuran: İdari Yargı Yönüyle Adil Yargılanma Hakkı, (Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), Samsun, 2019.
- Odabaş Sağır**, Esin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Gerçek Kişilerin Mülkiyet Hakkı, (Beykent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016.
- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 13. Bası, (Arıkan Basım Yayım), Denizli, 2006.

- Ormanoğlu**, Hatice Derya: “Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, ss. 2241-2276).
- Özgülven**, Ali Volkan: “Adil Yargılanma İlkesi ve Vergi İhtilaflarındaki Uygulaması-I”, (Vergi Sorunları Dergisi, (197), 2005, ss. 189-206).
- Özkan Duvan**, Ayşe: “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1), 2019, ss. 287-336).
- Pekcanitez**, Hakan: “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, (İzmir Barosu Dergisi, (2), 1997, ss. 35-55).
- Perdecioğlu**, İsmail Emrah: Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Sarıcaoğlu**, Ercan: “AİHM’in Vergilerin Kanuniliğinde Öngörülebilirlik İlkesine Bakışı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5. Daire Serkov-Ukrayna Davası (Başvuru No: 39766/05)”, (Küresel Bakış, 1(3), 2011, ss. 131-144).
- Sencer**, Rasih Feridun: “Adil Yargılanma Hakkı”, (İzmir Barosu Dergisi, 2013, ss. 108-173).
- Sevdiren**, Öznur: “Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Teşhis İşlemi ve Bu İşlemden Müdafinin Hazır Bulunma Yetkisi”, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2019, ss. 15-55).
- Şahin**, İsmail: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali”, (Yıldırım Beyzıt Hukuk Dergisi, (1), 2019, ss. 223-255), (Anayasa Mahkemesi Kararlarında).
- Şahin**, Kemal: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(3), 2013, ss. 53-146), (Doğal Afetlerde).
- Şimşek**, Suat: “Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, (Maliye Dergisi), 159 (Temmuz-Aralık), 2010, ss. 323-345), (Vergi Politikaları).
- Şimşek**, Suat: Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Hermes Matbaacılık, (T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Yayın No: 2011/413), Ankara, 2011, (Mülkiyet Hakkı).

- Tabak**, Bahadırhan: Mülkiyet Hakkı ve Anayasa Mahkemesinin Mülkiyet Hakkına Bakışı, (Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016.
- Taner**, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Birinci Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2019.
- Tezcan**, Durmuş: “AIHM’in Silahların Eşitliği Kapsamında, Göç-Türkiye Davasıyla Başlayan Sürece Nihat Ateş-Türkiye Davasıyla Getirdiği Yeni Anlayış”, (Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan, 2014, ss. 525-532).
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, R. Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Genişletilmiş 5. Baskı, (Seçkin Yayıncılık), Ankara, 2014.
- Turan**, Hüseyin: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (11), 2012, ss. 47-75).
- Turinay**, Faruk: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1996 Tarihli Miaillhe V. Fransa Kararı Üzerine Bir İnceleme”, (Ankara Barosu Dergisi, (3), 2014, ss. 333-346).
- Uçan**, Emine Sevcan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, (Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2013.
- Uzun**, Mine: “Bir Adil Yargılanma Hakkı Olarak Tanığı Sorgulama ve Tanık Dinletme Hakkının Türk Vergi Yargılamasındaki Yeri”, (AÜHFD, 63(1), 2014, ss. 219-245).
- Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları), (Çeviren: Serkan Cengiz), Strazburg, 2012.
- Yaltı**, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, 1. Bası, (Beta Basım Yayım Dağıtım), İstanbul, 2006.
- Yücel**, Özge: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kamulaştırmaz El Atma”, (Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan), Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1281.htm, E.T.: 04.04.2019.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- A.P., M.P. ve T.P. v. İsviçre App No: 71/1996/690/882 (1997).
Barbera, Messegue ve Jabardo v. İspanya App No: 10590/83 (1988).
Bendenoun v. Fransa App No: 12547/86 (1994).
Bulves v. Bulgaristan App No: 3991/03 (2009).
Chap LTD v. Ermenistan App No: 15485/09 (2017).
Eko-Elda AVEE v. Yunanistan App No: 10162/02 (2006).
Ferrazzini v. İtalya App No: 44759/98 (2001).
Funke v. Fransa App No: 10828/84 (1993).
Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH v. Hollanda App No: 15375/89 (1995).
Golder v. Birleşik Krallık App No: 4451/70 (1975).
Hentrich v. Fransa App No: 13616/88 (1994).
Hozee v. Hollanda App No: 81/1997/865/1076 (1998).
Janosevic v. İsveç App No: 34619/97 (2002).
J.B. v. İsviçre App No: 31827/96 (2001).
JJ v. Hollanda App No: 21351/93 (1998).
John Murray v. Birleşik Krallık App No: 18731/91 (1996).
König v. Almanya App No: 6232/73 (1978).
Kress v. Fransa App No: 39594/98 (2001).
N.K.M. v. Macaristan App No: 66529/11 (2013).
Ringeisen v. Avusturya App No: 2614/65 (1973).
Saunders v. Birleşik Krallık App No: 19187/91 (1996).
S.A. Dangeville v. Fransa App No: 36677/97 (2002).
Serkov v. Ukrayna App No: 39766/05 (2011).
Sporrong ve Lönnroth v. İsveç App No: 7151/75; 7152/75 (1982).
Vastberga Taxi Aktiebolag ve Vulic v. İsveç App No: 36985/97 (2002).

HAKLI NEDENLE FESİH BAKIMINDAN SUÇ VE SUÇU BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899941>

*Arş. Gör. E. Sıla HAFIZOĞLU**

Öz

İş Kanunu'nda, iş sözleşmesinin feshi bakımından bazı suçlar doğrudan haklı neden olarak kabul edilmiştir. Ayrıca bir suça açıkça yer verilmemiş haklı neden hükümlerinde sayılan pek çok durum ve davranış da Türk Ceza Kanunu'ndaki bir suç kapsamına girebilecek niteliktedir. Ceza yargılamasındaki maddi olgu tespitlerinin bağlayıcılığı ve özellikle iş sözleşmesi taraflarının suçu bildirme yükümlülükleri dikkate alındığında İş Kanunu m. 24 ve m. 25'deki haklı nedenlerin suç bağlamında incelenmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler

Haklı Neden Olarak Suçlar, İş Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi, Ahlak ve İyi Niyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri, Suçu Bildirmeme Suçları, İş Sözleşmesi Bakımından Suçu Bildirme Yükümlülüğü, İşçi ve İşverenin Suçu Bildirme Yükümlülükleri

CRIME AND OBLIGATION TO REPORT THE CRIME IN THE CONTEXT OF TERMINATION FOR JUST CAUSE

Abstract

In the Labour Code, some crimes have been accepted direct as a just cause in terms of termination of employment contract. In addition, many situations and behaviours listed in the provisions of the just cause, which is not explicitly involved in a crime, may also be covered by a crime in the Turkish Criminal

* Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı (e-posta: shafizoglu@atu.edu.tr / silahafizoglu@hotmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5486-9014> (Makalenin Geliş Tarihi: 01.07.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 02.07.2020/Makale Kabul Tarihi: 27.11.2020)

Code. Considering the binding effect of case determination in criminal procedure and especially parties of employment contract's obligations to report the crime, just causes in art. 24 and art. 25 of Labour Code need to be examined in the context of crime.

Keywords

Crimes As a Just Cause, Termination of Employment Contract For Just Cause, Non-compliance With the Rules of Morality and Goodwill and the Like, Crimes of not Informing a Crime, Obligation to Report the Crime in the Context of Employment Contract, Obligations to Report the Crime of Employee and Employer

GİRİŞ

İş Kanunu¹ m. 24 ve m. 25’de iş sözleşmesinin her iki tarafının başvurabileceği haklı nedenle fesih halleri ayrı olarak düzenlenmiştir. Burada çeşitli suçlar açıkça haklı neden olarak kabul edilmiş; ama bunun yanı sıra, suç niteliği vurgulanmasa da nitelikleri suçlara karşılık gelebilecek eylemler de haklı neden olarak sayılmıştır.

Çalışmamızda işverenin ve işçilerinin işlediği suçların, haklı nedenle feshine imkân verdiği kanun hükümleri tek tek incelenecektir. Haklı nedenler esas olarak iş hukuku açısından ele alınacak, ancak ceza hukuku ile de bağlantı kurulmaya çalışılacaktır. Türk Ceza Kanunu’ndaki hükümlere göre, haklı neden teşkil edecek durum ve davranışların hangi suçlara karşılık gelebileceği değerlendirilecek; ancak suçun ayrıntılı olarak maddi ve manevi unsurlarına, haklı nedenin teşebbüs, bileşik suç, zincirleme suç ya da fikri ictima bakımından incelenmesine ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanının ayrı çalışma konuları olacaklarından makalemizde yer verilmeyecektir.

Haklı nedenle feshin geçerliliği için ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile doğrudan bağlantılı konularda dahi (hırsızlığın haklı neden olarak kabul edilmesi gibi) esas olarak bir ceza mahkemesi kararı aranmamıştır. Bu sebeple, iş mahkemelerindeki haklı nedenle feshin konu edildiği davalarda da, temel kural olan “ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemelerini bağlamaması” geçerli olacaktır. Ancak temel kuralın istisnasından dolayı, suç teşkil eden ya da edebilecek haklı nedenleri, iki hukuk dalı arasında bağlantı kurarak incelemek yerinde olacaktır. Ayrıca İş Kanunu’nda haklı neden sayılan eylemlerin ceza yargılaması bakımından suç teşkil etmesi gerekmesede, bu kavram ve olgular ceza hukukuna ait terimler olduğunda ne anlama geldiği ceza hukukundan bağımsız belirlenemeyecektir.

Haklı nedenle feshin suç bakımından ele alınmasındaki en önemli husus ise suçu bildirmeme suçları sonucu işçi ve işverenin yerine getirmesi gereken suçu bildirme yükümlülüğüdür. Çünkü haklı neden teşkil edebilecek bir durum ve davranış aynı zamanda suç niteliği taşıyorsa kural olarak işçi ya da işverenin suçu bildirme yükümlülüğü doğacak ve diğer taraftan bu bildirme yükümlülüğü, eylem açıkça haklı nedenle düzenlenmese dahi kişiyi iş sözleşmesini derhal feshetmeye zorlayabilecektir.

¹ R.G. Tarih: 10.06.2003 R.G. Sayı: 25134

I. HAKLI NEDENLE FESİHLERDE CEZA MAHKEMESİ KARARI GEREKLİLİĞİ VE CEZA YARGILAMASININ İŞ MAHKEMESİ KARARLARINA ETKİSİ

Hem işçinin hem işverenin iş sözleşmesini feshinde Türk Ceza Kanunu² bakımından suç teşkil edebilecek eylemler haklı neden olarak kabul edilmiştir. Ancak bu durum, haklı neden sayılan davranışların suç niteliği taşımasını³, eğer bir suç teşkil ediyorsa da onun ceza yargılamasıyla tespit edilmiş ve bir mahkûmiyet verilmiş olmasını gerektirmez⁴.

Çünkü İş Kanunu'nda, hırsızlık vb. suçların işlenmesi açıkça haklı neden sayılmışsa da bir ceza mahkûmiyeti şartı aranmamıştır. Zaten Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁵ m. 74 uyarınca kural olarak ceza mahkemesi kararlarının iş mahkemeleri için (genel anlamıyla hukuk mahkemeleri için) bağlayıcı olmaması⁶, ceza mahkûmiyeti şartının aranmamasını desteklemektedir.

² R.G. Tarih: 12.10.2004 R.G. Sayı: 25611

³ **Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016, s. 219, 223, 225, 226; **Çelik**, Nuri/**Canıklıoğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2018, s. 296, 579; **Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir, Eylül 2018, s. 408; **Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mart 2019, s. 245; **Narmanlıoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İlişkileri I, Beta Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul, Aralık 2014, s. 425 427 429, 444; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019, s. 672, 673, 674, 684, 685; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, Eylül 2019, s. 230, 231, 232, 240; **Odaman**, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara, 2003, (Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri), s. 148; **Ergin**, Hediye: “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Sicil İHD, Yıl: 2015, S.34, ss. 71-87, s. 75; **Öktem Songu**, Sezgi: “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak ‘Sataşma’”, Sicil İHD, Yıl: 2018, S.39, ss. 113-145, (Sataşma), s. 121; **Arslan Durmuş**, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 87; **Yamakoğlu**, Efe: Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2020, s. 137. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. “...davacının eyleminin hırsızlık olarak kabul edilmese bile işverenin işçiye olan güvenini ortadan kaldıracak nitelikte doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak kabulü gerekir...”, Y. 22. HD. 10.04.2012, 2011/13991 E., 2012/6817 K., (www.kazanci.com, E.T.:25.06.2020).

⁴ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 230; **Narmanlıoğlu**, s. 425, 429.

⁵ R.G. Tarih: 04.02.2011 R.G. Sayı: 27836

⁶ Bu kuralın nedenleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Dişel**, Buse: “Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan I, İzmir, 2010, DEÜHFD, Yıl: 2009, C.11, Özel Sayı, ss. 183-224; **Kapancı**, Kadir Berk: “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi

Bu doğrultuda haklı nedenle fesih için, ceza yargılaması sonucunu bekleme zorunluluğu olmadığı gibi suçtan beraat edilmesi de otomatik olarak fesih hakkını ortadan kaldırmayacaktır⁷. Benzer şekilde mağdurun şikâyetten vazgeçmesi, haklı neden teşkil edip etmeme durumunu etkilemeyecektir⁸.

Ancak hukuk hâkiminin ceza yargılaması ve sonunda verilen kararlardan bağımsızlığı sınırsız değildir⁹. Hukuka duyulan güvenin korunması ve yeknesaklığın sağlanması için “ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararları” ve “ceza yargılamasında tespit edilen maddi olgular”la iş yargıcı bağlı olacaktır¹⁰. Böylece ceza mahkemesinde bir olayın varlığı ya da yokluğu konusunda kesinleşmiş kabul varken, aynı husus yeniden tartışılmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay’ın da belirttiği üzere maddi olguların ve yasak fiillerin varlığını belirleyen ceza mahkemesi kararları, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşıyacaktır¹¹.

Öncelikle maddi olgu tespitinin söz konusu olması için bakış açısına göre değişen (göreceli) bir durumun olmaması gerekmektedir. Zaten TBK m.

Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, C.7, S.1, ss. 511-552.

⁷ **Süzek**, s. 673, 674; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 240; **Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2017, (İş Hukuku), s. 285; **Savaş**, F. Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, 2012, s. 82, 91; **Öktem Songu**, Sataşma, 121, TUNÇOMAG ve CENTEL de haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilmek için ceza kovuşturmasına başlanmış ya da mahkûmiyet kararı verilmiş olması gerekmediği ancak, suçun işçi tarafından işlenmediğine ilişkin beraat kararı ile iş mahkemesinin bağlı olacağını belirtmektedir, (**Tunçomağ/Centel**, s. 227) Fakat bu noktada beraat kararının içeriği önem taşımaktadır. Örneğin, beraat kararı delil yetersizliğinden verilmişse iş mahkemesinin bu kararla bağlı olduğu söylenemeyecektir. Hırsızlık suçuna ilişkin kararın kesinleşmemesine, hatta işçinin ilgili suçtan beraat etmesine rağmen haklı nedenle feshin onaylandığı karar için bkz. Y. 9. HD., 02.07.1997, 1997/648 E., 1997/6556 K., (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.06.2020).

⁸ Bkz. Y. 9. HD., 11.09.2013, 2013/6458 E., 2013/22020 K., (www.legalbank.net, E.T.: 25.06.2020).

⁹ Y.4. HD., 16.06.2016, 2015/7085 E., 2016/8005 K., (www.kazanci.com, E.T.: 14.09.2020).

¹⁰ **Süzek**, s. 674; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 121-122; **Yamakoğlu**, s. 137. Bkz. Y. 9. HD., 06.06.1994, 1994/3809 E., 1994/8607 K.; Y. 21. HD., 28.03.2017, 2016/5673 E., 2017/2484K.; Y.10. HD., 18.12.2019, 2019/2612 E., 2019/10045 K., (www.kazanci.com, E.T.:14.09.2020).

¹¹ **Süzek**, s. 674. Y. HGK., 10.01.1975, 1971/406 E., 1975/1 K., Y. HGK. , 23.01.1985, 1983/10-372 E., 1985/21 K. Y. HGK., 09.04.2014, 2013/4-1008, 2014/490, Y. HGK. 06.06.2018, 2017/15-248 E., 2018/1175K., Y. HGK., 31.01.2019 2017/11-55 E., 2019/43K.; Ankara, BAM, 25. HD., 05.10.2017, 2017/966 E., 2017/994; Ayrıca bkz. Samsun, BAM, 2. HD., 22.06.2017, 2017/429 E., 2017/477 K., (www.kazanci.com, E.T.: 14.09.2020).

74’de kusurun olup olmadığı, kusurun değerlendirilmesi ve zararın belirlenmesine ilişkin kararların hukuk hâkimini bağlamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Yargıtay, hukuk hâkiminin ceza mahkemesi kararındaki maddi olgularla bağlılığının ölçüsünün, “söz konusu bir durumun varlığı ya da yokluğunun veya davranışın gerçekleştirildiği ya da gerçekleştirilmediğinin kesin olarak delillerle tespit edilip edilmediği” olduğunu ifade etmiştir¹². Bu doğrultuda işçinin haklı neden teşkil eden eyleminin gerçekleştiği ceza mahkemesi kararı ile sabit olursa, ilgili davranış sebebiyle işçi ceza alsın almasın, haklı nedenle feshe karşı açılmış bir davada iş hâkiminin bunu dikkate alması gerekecektir. Çünkü ortada varlığı hukuken kanıtlanmış bakış açısına göre değişmeyecek bir durum, bir maddi olgu tespiti vardır ve bunun bir başka yargı kararıyla aksinin kabulü hem madden hem de hukuken mümkün olamayacaktır. Yargıtay da bir kararında **fail-eylem ilişkisinin maddi bir olgu olduğunu** ve iş mahkemesinin bunu dikkate alması gerektiğini açıkça ifade etmiştir¹³. Bir başka örnek verirse, iş uyuşmazlığında bir belgenin sahteliği ile ilgili bir durum varsa ve ceza yargılamasında o belgenin sahte ya da gerçek olduğu tespit edildiyse, iş mahkemesi hâkimi bunu göz ardı edemeyecektir¹⁴.

“Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemeleri için bağlayıcı olmaması” genel kuralı doğrultusunda, iş mahkemesi hâkiminin ceza yargılamasını bekletici mesele yapma zorunluluğu da yoktur. Ama devam etmekte olan kovuşturma veya soruşturma sürecindeki olgular, elindeki somut olayla ilgiliyse ve olay zaten açıkça ortada değilse, “dava taraflarının menfaatleri” ve “iş yargılamasında hâkim olan çabukluk ilkesi”¹⁵ni de göz önünde tutarak, hâkimin cezai süreci bekletici mesele yapması gerekebilir. Hatta soruşturma ve kovuşturma konusu olan olay, doğrudan kendi davasının esasını teşkil ediyorsa, hukukta yeknesaklığın sağlanması ve hukuka duyulan güven-

¹² Y. 9.HD., 16.09.2013, 2011/22011 E., 2013/22543 K., (www.kazanci.com, E.T.: 14.09.2020).

¹³ Y. 9.HD., 6.6.2011, 2011/26212 E., 2011/16791 K., (www.kazanci.com, E.T.: 23.09.2020).

¹⁴ Aslında bu sonuca HMK(R.G.Tarihi: 04.02.2011 R.G.Sayı: 27836) m. 214/II’den yola çıkarak da ulaşılabilecektir. Çünkü HMK m. 214,’de, ceza mahkemesinde sahte belge düzenlenmesi iddiası karşısında, düzenleyen kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olmasının, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemeyeceği belirtilmiş; ama belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen kesin bir karar varsa, aynı belge hakkında ceza mahkemesinde sahtelik iddiasının dinlenemeyeceği de ifade edilmiştir.

¹⁵ İş Yargılamasında hâkim olan ilkeler için bkz. Kar, Bektaş: “İş Yargılamasında Hâkim Olan İlkeler”, Polat SOYER’e Armağan, DEÜHFD, Yıl: 2013, C.15, Özel Sayı, 2014, ss. 869-882.

nin zedelenmemesi açısından bekletici mesele yapmak adeta bir zorunluluk teşkil edecektir. Çünkü yukarıda yer verdiğimiz ve Yargıtay'ın da belirttiği üzere ceza mahkemesindeki bir maddi olgunun varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabul hukuk mahkemesinde yeniden tartışılmayacaktır; bu sebeple maddi olguların nasıl gerçekleştiğini tespit edebilmek için **ceza davasının sonucunun beklenilmesi** gereklidir¹⁶. Bölge Adliye Mahkemeleri de hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararını beklemesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir¹⁷.

Açıklamalar ışığında, haklı neden kapsamında bir mahkûmiyet aranmadığından, somut olaydaki hareketlerin suç niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinin iş hukuku bakımından hiçbir önemi olmadığı ve haklı nedenlerin ceza kanundaki düzenlemeler bakımından ele alınması gerekmediği düşünülebilir. Ancak ceza mahkemesi kararı ile bağlı olunmasa da, iş mahkemesi hâkimi elindeki dava ile ilgili ceza yargılamasındaki maddi olgu tespitlerini dikkate almak zorundadır. Ayrıca haklı neden düzenlemelerinde geçen hırsızlık, cinsel taciz vb. kavramlar ceza hukukuna aittir ve esasen ceza hukuku alanına ait olan ifade ve olguların ne anlama geldiğini ceza hukuku ve ilgili mevzuat bağlamında irdelemek gereklidir. Buna ek olarak işçinin haklı neden teşkil edecek bir davranışının aynı zamanda suç olup olmadığı işçi ve işverenin suç bildirme yükümlülükleri bakımından da önem arz edecektir. Bu açıdan incelememizde suç bildirmeme suçlarına da yer vereceğiz.

II. İŞ SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN SUÇU BİLDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Suçu Bildirmeme Suçu¹⁸

TCK m. 278'de suç bildirmeme suçu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre işlenmekte olan bir suç yetkili makamlara bildirmeyen¹⁹ kişi suç bildirmeme suçu işlemiş olur ve hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suç, sadece devam eden suçların bildirilmemesi durumunda gerçekleşmez. İşle-

¹⁶ Y. HGK., 31.01.2019, 2017/11-55 E., 2019/43K., (www.kazanci.com.tr, E.T.: 25.06.2020).

¹⁷ Samsun, BAM, 2. HD., 22.06.2017, 2017/429 E., 2017/477 K.; İstanbul, BAM, 9. HD., 12.11.2019, 2017/2172E., 2019/3773 K. Dava konusu somut olay bakımından bekletici mesele yapılmasına gerek olmadığı yönünde ise bkz. Antalya, BAM, 6. HD., 02.05.2019, 2018/867 E., 2019/534 K. (www.kazanci.com, E.T.:14.09.2020).

¹⁸ Elbette aşağıda açıklayacağımız suç bildirmeme suçu doğrultusunda işverenin ve işçinin genel anlamda bir hukuk süjesi olarak suç bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak çalışmada iş ilişkisi bağlamında yapılması gereken bildirimler ele alınmıştır.

¹⁹ Bildirim (ihbar), Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına ya da bildirimi Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermekle görevli idari veya adli mercilere yapılacaktır, bkz. CMK m. 158.

nip sona eren ama suçun neticelerinin sınırlandırılması hala mümkün olan suçların da bildirilmemesi “suçu bildirmeme” suçu teşkil edecektir. TCK m. 279 ve m. 280’de ise sırasıyla kamu görevlisinin ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu iki düzenleme, “suçun failleri”, “devam etsin etmesin işlenen tüm suçları kapsamı” ve “bir cezasızlık nedeni düzenlenmemiş olması” bakımından TCK m. 278’den farklıdır.

Suçu bildirmeme suçunun faili herkes olabilir²⁰. Doğal olarak işçi ve işverenin de bu suçu işlemesi mümkündür. İşveren de işçi de düzenleme uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü altında olacak ve bu yükümlülük iş ilişkisini kaçınılmaz olarak etkileyecektir. Bu doğrultuda, inceleme konumuz olan haklı neden teşkil edecek suçlarla karşılaşıldığında da işçi ve işverenin bildirim yükümlülükleri doğabilecektir.

Toplumların demokrasiyi benimsemesiyle, hukuk sistemlerindeki devletin özel yaşama müdahalesi gitgide sınırlanmıştır²¹. Liberal devletlerin, vatandaşları suçu kovuşturma işine bulaştırmaktan kaçındıkları da belirtilmiştir²². Çünkü suçu bildirmeme suçunda korunan “kamu barışı” daha genel bir ifadeyle söylersek “korunmaya çalışılan ‘kamu yararı’ ”²³ ile kişilerin “anayasal hak ve özgürlükleri (özel hayatın gizliliği, kişisel verilerinin gizliliği vb.)” arasında bir yarış söz konusudur. Bu sebeple suçla korunmak istenen ve suç düzenlemesi karşında zedelenebilecek menfaatlerin değerlendirilmesinin iyi yapılması, bir denge sağlanabilmesi açısından önemlidir.

²⁰ **Tezcan**, Durmuş/ **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 1264; **Ünver**, Yener: İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2016, s. 285; **Erdem**, Mustafa Ruhan: “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, TBB Dergisi, Yıl: 2009, S.80, ss. 105-120, s. 108; **Alp**, Mustafa, Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing), Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2013, (Whistleblowing), s. 74; **Hafizoğulları**, Zeki/**Acar**, Bülent Hayri: “Suçu Bildirmeme Suçları”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2016, C.2, S.1, ss. 179-198, s. 185; **Işık**, Göksu: “Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.7, Aralık 2017, ss. 163-187, s. 178.

²¹ **Döner**, İsa: “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, AÜEHFD, Yıl:2005, C.: IX, S. 3-4, ss. 63-94, s.70; **Işık**, s. 166.

²² **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1262, **Erdem**, s. 106-107; **Alp**, Whistleblowing, s. 75.

²³ **Hafizoğulları/Acar**, s. 186. Teorik açıdan suçla korunan hukuki yararın ne olduğu doktrinde tartışmalı olsa da (bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1262-1264, **Ünver**, s. 283-284; **Erdem**, s. 106; **Alp**, Whistleblowing, s. 73-74; **Işık**, s. 177-178) madde gerekçesinde belirtilen “toplumsal barışın korunması”, “suçların cezalandırılması ve takibi” amaçları karşısında suçun kamusal bir yarar taşıdığı açıktır.

Hatta işçinin veya işverenin her suçta (cezasızlık nedeni kapsamına girmediği sürece) ihbara mecbur bırakılması aşırı bulunduğu doktrinde eleştirilmiştir²⁴. Hak ve menfaatler arasındaki dengenin bir ölçüde de olsa sağlanması bakımından, TCK m. 278/IV son fıkrasında tanıklıktan çekinebilecekler²⁵ (Ceza Muhakemesi Kanunu²⁶ m. 45/I²⁷ ve m. 46²⁸) için cezaya hükümlenemeyeceğine²⁹ yer verilmiştir³⁰.

İş Hukuku bakımından CMK m. 46 değerlendirildiğinde, iş ilişkisi sebebiyle işçi ve işverenlerin bu kapsamda olmayacağı açıktır. CMK m. 46/I-a uyarınca işçi avukatlar ve CMK m. 46/I-b'ye göre iş sözleşmesiyle çalışan sağlık mensupları bakımından³¹ bildirme yükümlülüğünün bir istisnasının söz

²⁴ Alp, Whistleblowing, s. 76.

²⁵ Fıkra, suçu önleme yükümlülüğünden dolayı ceza sorumluluğuna ilişkin hükümleri saklı tutmuştur.

²⁶ R.G. Tarih: 17.12.2004 R.G. Sayı: 25673

²⁷ CMK m. 45/I: “Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir: a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı. b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi. c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu. d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları. e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar.”

²⁸ CMK m. 46: “(1) Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a) Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıların, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c) Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler. (2) Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.”

²⁹ Kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere doktrinde buradaki istisnai durumun bir hukuka uygunluk değil kişisel bir cezasızlık nedeni olduğu belirtilmektedir, (Tezcan/Erdem/Önok, s. 1266, Kolcu, Selahattin, Suçu Bildirmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2016, s. 94).

³⁰ Suçu bildirmeme suçlarına çalışmamızda yer versek de TCK m. 278 suçu bildirmeme, TCK m. 279 kamu görevlisinin suçu bildirmemesi ve TCK m. 280 sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi ayrı ayrı birer çalışma konusu olduğundan burada tüm ayrıntılarıyla ele alınamayacak, sadece çeşitli tespitler yapmakla yetinilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1273-1279; Ünver, s. 282-358; Törenli Çakroğlu, Maral: “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, DEÜHFD, Yıl: 2010, C.12 S.2, ss. 159-181; Kolcu, Selahattin, Suçu Bildirmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2016; Gıyık, Abdülbaki: “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 2, 2014, ss.175-214; Yağlıdere, Umut Emre: “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 280), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, Haziran 2018, ss. 59-79.

³¹ Bkz. II. C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü

konusu olup olmayacağı irdelenebilir. Ama herhangi bir başka neden olmadıkça³² sadece işçinin sır saklama ve işverenin ise işçinin kişisel verilerini koruma yükümlülüğü, Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında tanıklıktan çekinme hakkı sağlamadığından kural olarak hem işçi hem işverenin bildirim yükümlülüğü vardır.

TCK m. 278 herhangi bir ayırım yapmadığından, ağırlığı, işleniş şekli (kast ya da taksir) ve nerede düzenlendiği fark etmeksizin (TCK’da düzenlenmiş olması zorunluluğu yoktur) her suç bakımından bildirim yükümlülüğü doğacaktır³³. Ama eylemin suç teşkil etmesi önemlidir. Başka düzenlemelerden dolayı özel bir bildirim yükümlülüğü bulunmuyorsa, TCK m. 278 uyarınca kabahatler ya da disiplin cezasını gerektiren eylemlerin bildirilmesi zorunluluğu yoktur³⁴.

Ayrıca doktrinde “genel nitelikli suçu bildirmeme suçu” olarak nitelendirilen³⁵ TCK m. 284’de düzenlenen “suç delillerini bildirmeme” suçuna da yer vermemiz uygun olacaktır. Maddeye göre, işlenmiş olan bir suça ilişkin delil ve eserlerin başkaları tarafından saklandığı yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmeyen kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bununla birlikte TCK m. 278 düzenlemesine benzer şekilde, üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenen suçlar bakımından suç delil ve eserlerine ilişkin bildirim yapılmazsa cezaya hükmolunmayacaktır.

TCK m. 284’ün işveren ve işçiyi zorda bırakabilecek suçu bildirme yükümlülüğünün etki alanını genişlettiğini söyleyebiliriz. Çünkü TCK m. 279 ve 280’nin uygulama alanı söz konusu değilse, TCK m. 278 uyarınca bildirim

³² Bkz. II B. İşverenin Suçu Bildirme Yükümlülüğü, II. C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü

³³ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1267. Takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından suçu bildirmeme suçu söz konusu olup olmayacağı bir başka ifadeyle bu konuda bir bildirim yükümlülüğü olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş bu suçların yükümlülük kapsamında olduğunu savunurken [**Hafizoğulları/Acar**, s. 187 (Bununla birlikte HAFIZOĞULLARI ve ACAR TCK m. 280 kapsamına da takibi şikâyete bağlı suçların gireceğini belirtmiş ama TCK m. 279 bakımından kapsam dışı tutmuştur, s. 192, 197)], TBMM taksirli ve takibi şikâyete bağlı suçların kapsam dışı bırakılması önerisi kabul edilmediğinden aksi sonucu da çıkarmak mümkündür (Bkz. **Ünver**, s. 290-291; **Erdem**, s. 110 dñn. 24; **Alp**, Whistleblowing, ss. 74-75). Ama bizim açımızdan önemli olan işçi ve işverenin genel anlamda bir bildirim yükümlülüğü altında olup olmadığı ve bu yüzden iş ilişkisinin, özellikle iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından etkilenmesidir. Bu sebeple somut olayda işçinin bir suçu bildirmemiş olması sebebiyle suçu işlemiş olup olmayacağına tespit etme ceza hukukunun konusudur ve bu tartışmalı duruma çalışmamızda kısaca değinmekle yetinilmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **İşık**, s. 174-175.

³⁴ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1267; **Erdem**, s. 111; **Alp**, Whistleblowing, s. 74.

³⁵ **Hafizoğulları/Acar**, s. 180.

yükümlülüğü sadece “devam eden ya da sona erse de suçun neticelerinin sınırlandırılması hala mümkün olan durumlar” için doğacaktır. Ancak TCK m. 284’deki suç delillerini bildirmeme suçu ile işçi ya da işveren kural olarak karşılaştığı sona ersin ermesin ya da etkisi bitsin bitmesin tüm suçlarla ilgili bir bildirim yapmak zorunda olabilecektir.

B. İşverenin Suçu Bildirme Yükümlülüğü

TCK m. 278 doğrultusunda işverenin işyerinde cereyan eden veya işyeri dışında da olsa işçisi tarafından işlendiğini öğrendiği suçları yetkili makama bildirmesi gerekir.

Çalışmamız bakımından bu konuda değerlendireceğimiz ilk husus, işverenin bir suça dayanarak işçinin sözleşmesini feshetmesinin suçu bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. İşten ayrılış bildirgesinde, ayrılma nedeni bir kod olarak belirtildiğinden bu belge sadece feshin İşK. m. 25/II’ye dayandırıldığını gösterecektir. Bunun için işten ayrılış bildirgesi ve dolayısıyla işverenin iş sözleşmesini feshetmesi suçu bildirme yükümlülüğü için yeterli kabul edilemeyecektir. Zaten, işçinin daha sonra işe iade davası açmasını ve işçiyle husumet yaşanmasını önlemek adına ya da işsizlik ödeneği alınmasına mani olmamak için işveren farklı bir sona erme gerekçesi de gösterilebildiğinden, bildirim yükümlülüğünün gerçekleştiğini kabul etmek mümkün olmaz.

Haklı nedenle feshin işe iade davasına konu edilmesiyle de, her ne kadar bu şekilde suç adli makamlara dolaylı olarak yansısı da, işverenin yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğu söylenemeyecektir. Zaten işe iade davasında davayı açan işçi olacaktır.

Burada bildirim, suç işleyen ya da daha doğrusu suç işlediği iddia edilen (henüz bir mahkeme kararı olmadığından bu şekilde ifade etmek uygun olacaktır) kişiye karşı gözetme borcu ihlali teşkil edip etmeyeceği sorusu da akla gelebilir.

Genel anlamda işçiyi gözetme borcu kapsamında olan ve konumuz bakımından inceleyeceğimiz yükümlülük, işçinin kişiliğinin gözetilmesidir. Gözetme borcu uyarınca işveren, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermekle yükümlüdür. Bu doğrultuda işveren, işçinin kişiliğini oluşturan maddi unsurların yanı sıra manevi unsurları da gözetmelidir. İşveren işçinin öncelikle yaşamını, sağlığını ve beden bütünlüğünü, ama bunların yanı sıra ruhsal

bütünlüğünü, şeref ve onurunu, hem kişisel hem mesleki saygınlığını, ahlaki değerlerini ve özel yaşam alanını korumalıdır³⁶.

Görüldüğü üzere, iş sözleşmesinin kişisel niteliğinden dolayı ortaya çıkan ve işçinin sadakat borcunun karşılığını teşkil eden bu gözetme borcunun kapsamı geniştir ve de kanunda sınırları açıkça çizilmemiştir. Ama bu durum, korumanın sınırsız olduğu anlamına gelmez. Gözetme borcunun kapsam ve sınırları, işverenin diğer yükümlülükleri (Ör: TCK m. 278'den doğan suçu bildirme yükümlülüğü), işçilerin diğer hak ve özgürlüklerini düzenleyen kanun hükümleri, bir başka işçinin kişiliğinin korunması ve dürüstlük kuralı (Türk Medeni Kanunu³⁷ - TMK m. 2) ile çizilmektedir³⁸.

İş ilişkisinden doğan işverenin bu borcuna Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça yer verilmiştir. TBK m. 417/I de işverenin, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak, işçiye saygı göstermek, işyerinde dürüstlük ilkesine uygun şekilde bir düzeni sağlamak, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almak zorunda olduğu belirtilmiştir.

TBK m. 417'deki bu düzenleme karşısında başka bir dayanak ve açıklamaya gerek olmaksızın suç bildiriminde bulunmanın yükümlülük ihlali teşkil etmeyeceği anlaşılır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere dürüstlük kuralı ve bir diğer kişinin hak ve özgürlüğü işçinin kişiliğinin korunması sınırını oluşturmaktadır. İşverenin gözetme borcu kapsamında, işçinin kişisel verilerinin korunması bakımından bir "saklama borcu" olduğu kabul edilebilirse de, düzenlemelerin açıklığı ve düzenleme olmasa da yarışan menfaatler

³⁶ İşçinin kişiliğinin korunması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, s. 386-396; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 184 vd.; **Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", Prof. Dr. Cemal MIHÇIOĞLU'na Armağan, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1997, C.52, (Bilgisayar Bakımından İşçinin Kişilik Hakları), ss. 367-386; **Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: "Mukayeseli İş Hukukunda İşçinin Kişilik Haklarının Bilgisayarda Toplanan Verilere Karşı Korunması", Kamu İş Dergisi, Yıl: 1999, S.4, ss. 367-386; **Aydın**, Ufuk: İş Hukuku'nda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002; **Ertürk**, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2002, s. 83 vd.; **Centel**, Tankut: "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Sicil İHD, Yıl: 2011, S.24, ss. 13-18; **Okur**, Zeki: İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, Legal Kitapevi, İstanbul, Ekim 2011, ss. 67 vd.; **Öktem Songu**, Sezgi: "İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme", Sarper SÜZEK'e Armağan, C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, ss. 1057-1098, s. 1061-106; **Erdoğan**, Canan: Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 27-78.

³⁷ R.G. Tarihi: 08.12.2001 R.G. Sayı: 24607

³⁸ **Süzek**, s. 386.

dengesi dikkate alındığında (“suçu işleyen işçiyi gözetme borcu”, “diğer işçileri gözetme borcu”, “ceza kanununda suç bildirmemenin suç olarak düzenlenmesindeki kamu yararı” arasındaki) suç bildiriyle işverenin işçiyi gözetme borcunu ihlal etmeyeceği konusunda tartışma olmayacağını düşünürüz.

İşveren ile işçi arasındaki güven ilişkisine dayanılarak işverenin, avukat - müvekkil ilişkisinde geçerli olan Avukatlık Kanunu³⁹ (Av. K.) m. 36’daki gibi bir “sır saklama” yükümlülüğü olduğunu ve “işçinin işlediği ya da işlemede olduğu suçları adli mercilerden gizlemenin”, işverenin “işçinin kişisel verilerinin korunması yükümlülüğü” kapsamına girebileceğini söylemek mümkün değildir. Çünkü “avukat-müvekkil arasındaki ilişki” ile “işçi-işveren arasındaki ilişki” birbirinden farklıdır. Kaldı ki avukatlar bakımından bile doktrinde “suçu bildirme yükümlülüğünün sır saklamanın önüne geçeceği görüşü” doğrultusunda sır saklama yükümlülüğünün sınırı tartışmalıdır⁴⁰. Bu bağlamda işçi-işveren ilişkisinde suçun bildirilmesinin önünde kanuni bir engel olduğu kabul edilemeyecektir⁴¹.

Sonuç olarak, suçun faili ya da mağduru⁴² kendisi değilse ve faile CMK m. 45 “tanıklıktan çekinme” kapsamına girecek şekilde yakınlığı yoksa TCK m. 278 düzenlemesi istisnası oluşmadığından işverenin suç bildirme suçundan ceza alabileceği kabul edilmelidir⁴³.

Haklı neden olan ve suç arz edebilecek bir eylemin işverence ilgili makamlara bildirilmemesinin işverenin cezalandırılmasına yol açması ceza hukukunu ilgilendiren bir durumdur; ancak işverenin bir suç söz konusu olduğunda buna ilişkin bir bildirim/ihbar yükümlülüğü olup olmadığı iş hukuku açısından önemlidir. Çünkü böyle bir yükümlülük, “ceza alma endişesi”yle işverenin ihbarda bulunmasına ve bu ihbar karşısında iş sözleşme-

³⁹ RG. Tarih: 7.4.1969, RG: Sayısı: 13168

⁴⁰ Bu konuda bkz. II. C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü dñn. 47.

⁴¹ **Alp**, Whistleblowing, s. 277-278.

⁴² Her ne kadar bu durum tanıklıktan çekinme gibi Kanunda açıkça düzenlenmemişse de, suçun mağduru veya suçtan zarar gören kişiye böyle bir yükümlülük verilmesinin, kişiyi bir kez daha mağdur edeceği ve bunun hukukun temel ilkelerine aykırı olacağı belirtilmiştir. Bu sebeple de Kanun’da yer verilmese de durumun uygulayıcı tarafından resen dikkate alınması ve suçun mağduru veya zarar görenine ceza verilmemesi gerektiği kabul edilmektedir, (**Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1266, **Erdem**, s. 109-110; **Kolcu**, s. 76). Ancak işlenmekte olan suçun mağdurunun veya zarar görenin de suç bildirmeme suç faili olabileceği aksi görüşü de vardır, (**Hafizoğulları/Acar**, s. 185).

⁴³ İşverenin avukat ya da sağlık mesleği mensubu olması durumunda CMK m. 46 anlamında bir tanıklıktan çekinme hakkı doğup bildirim yükümlülüğünden kurtulup kurtulmayacağı konusundaki paralel nitelikteki açıklamalar için bkz II. C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü

sini sona erdirmesine sebep olacaktır. Ayrıca suçu bildirmeme suçu ve bu bağlamda bildirim yükümlülüğü, işvereni, iş sözleşmesini sona erdirirken haklı nedenle feshe başvurmaya da zorlayacaktır. İşveren suçu bildirmeme suçunu işlemek için haklı neden teşkil eden suçu (kendisinin mağduru ya da zarar göreni olmadığı suçlarda, örneğin, işçinin bir başka işçiyi yaralaması) adli mercilere bildirmelidir. Bu durumda da işçi-işveren arasındaki güven ciddi şekilde zarar göreceğinden ve ihbar karşısında işçi ile çalışmaya devamın beklenmesi gerçekçi olmayacağından, işverenin haklı nedenle feshe başvurması neredeyse bir zorunluluk olacaktır. Normal şartlarda haklı neden teşkil eden bir davranış karşısında işverenin, iş sözleşmesini hiçbir şey olmamış gibi devam ettirme, daha hafif sonuçları olan geçerli nedene dayanarak feshetme ya da haklı nedene başvurma seçenekleri bulunurken; işçisini ihbar etmesi zorunluluğu ile birlikte işverenin haklı nedenle feshe başvurma açısından bir seçim hakkı olacağını kabul etmek güçtür.

C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü

TCK m. 278 düzenlemesine göre kural olarak, işçinin de işveren gibi işyerinde işlenmekte olan ya da işyerinde olmasa da işverenin veya işyerinde çalışan diğer işçilerin gerçekleştirdiği suçlar bakımından bir suçu bildirme yükümlülüğü doğacaktır. Ancak bunun için, işçinin suçun faili veya mağduru olmaması ve TCK m. 278 istisnasına girmemesi için de faile CMK m. 45 kapsamında tanıklıktan çekinmesini mümkün kılacak yakınlıkta⁴⁴ bulunmaması gereklidir.

İşçinin ceza alması için CMK m. 45'deki yakınlıkta olmaması gerektiğini söyledik; ancak CMK m. 46'daki tanıklıktan çekinmeyle ilgili ayrı bir açıklamaya yer vermemiz gerekir. Çünkü işçi avukat ya da sağlık mesleği mensubu olduğunda CMK m. 46/I-a ve I-b uyarınca tanıklıktan çekinme gündeme gelebilir. Ama bu durumlarda doğrudan işçilerin bildirim yükümlülüğü olmayacağı söylenemez⁴⁵. Özellikle sağlık mesleği mensupları için ayrı düzenleme olan TCK m. 280'den dolayı bu mümkün değildir. Kanun maddesine göre, “görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır”. İşçi avukatlar için sağlık mesleği mensuplarındaki gibi özel bir düzenleme yoktur. İşçi avukat bakımından suçu bildirme yükümlülüğünü avukatın sır saklama yükümlülüğü, meslek sırrı ve

⁴⁴ Bkz. III. A. 5. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışları

⁴⁵ Suçu bildirme yükümlülüğü bakımından bu konuda yapacağımız açıklamalar işverenin avukat ya da sağlık mesleği mensubu olması durumları için de geçerli olacaktır.

tanıklıktan çekinme hakkı⁴⁶ kapsamında incelemek gerekir⁴⁷. İşçi avukat

⁴⁶ Avukatların tanıklıktan çekinme durumlarının suç bildirmeme suçuna etkisi ayrıca incelenmesi gereken bir çalışma konusudur. Bkz. **Kitapçoğlu Yüksel**, Tülay: “Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme Yükümlülüğü Altındaki Kişilerin Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi, CHD, Yıl: 13, S.38, Aralık 2018, ss. 193-215.

⁴⁷ Av.K. m. 34’te avukatların, görevlerini işlerinin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmekle ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Av.K m. 36 uyarınca avukatlar, meslek sırrı saklamakla da yükümlü kılınmışlardır. Yargı kararlarında da konu edildiği üzere avukatın meslek sırrının korunması, uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda güvence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmakla birlikte, bu koruma kamu hizmetinin içeriği ve niteliğiyle alakalıdır [Bkz. Y. 4. CD., 14.11.2011, E. 2009/19013, K. 2011/21017, www.lexpera.com, (E.T.:11.05.2020)]. Ancak doktrinde belirtildiği üzere suç, genel anlamda bir meslek sırrı niteliği taşımaz. Suçun ancak işlendikten, soruşturma veya kovuşturma konusu olduktan sonra avukatlık mesleği kapsamına gireceği kabul edilir. Bu sebeple işlenmekte olan bir suç, meslek sırrı kapsamına girmeyecektir. Ancak, suça el konulduktan sonra, avukatın doğrudan savunmasını üstlendiği müvekkilinden ya da müvekkili hakkındaki soruşturma veya kovuşturma esnasında diğer herhangi bir şekilde öğrendiği “suçun sebebiyet verdiği neticeler”in meslek sırrı kapsamında olduğu kabul edilir (**Sungurtekin Özkan**, Meral: “Avukatlık Meslek Sırrının Anlam ve Önemi”, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu, Ankara 2000, ss. 331-338, s. 332; **Hafizoğulları/Acar**, s. 185). Doktrinde iş avukata tevdi edilmeden önce de görevi gereği edinilmiş bilgilerin meslek sırrı kapsamına gireceği belirtilirken [**Erem**, Faruk: “Ceza Hukuku’nda Meslek Sırrı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı 1, Oca 1943, (Meslek Sırrı), ss. 35-72, s. 40; **Erem**, Faruk: “Avukatlık Sırrı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1969, Sayı: 5, ss. 838-841, s. 838; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan Koray/Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019, (Ceza Muhakemesi), s. 617; **Kolcu**, s. 163; **Kitapçoğlu Yüksel**, s. 196] bunun aksi bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, avukata dost olarak tevdi edilen sırlar da sır saklama yükümlülüğü kapsamında sayılmamalıdır. (**Kocasakal**, Ümit: Suçu Bildirmeme Suçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Temmuz 2017, s. 93). Tüm bu açıklamalar doğrultusunda avukatın işlenmekte olan suçla ilgili bildirim yükümlülüğü ve bildirmen suçu bildirmeme suçu faili olma olasılığı bulunduğu söylenebilir. Ama suça el konulduktan sonra suçun sebebiyet verdiği neticelere ilişkin bir bildirim yükümlülüğü olmadığından bu durumlarda bir suçtan söz edilemeyecektir. Çünkü savunma görevini üstlenen avukat yönünden meslek sırrı üstün değerdedir (**Hafizoğulları/Acar**, s. 185-186). Avukatların suç ihbarı ile yükümlü kılmanın mümkün olmayacağı bunun savunma hakkına, avukatlık mesleğine zarar verebileceğini savunan görüşe göre bile istisnai durumun olabileceği belirtilmiştir [**Sungurtekin Özkan**, s. 336. Eski Ceza Kanunu döneminde suç bildirme suçunun düzenlendiği 152. maddedeki her fert kavramına avukatların sokulamayacağı belirtilmesine rağmen çeşitli üstün değerlerin söz konusu olduğu durumlarda avukatlık meslek sırrının 2. sıraya düşeceği kabul edilmiştir, (**Sungurtekin Özkan**, s. 336-337)]. Burada işçi avukatların TCK m. 279 kapsamına girip girmeyeceği sorusu da akla gelebilir. Ancak makalemiz için önemli olan işveren ya da işçinin bir bildirim yükümlülüğü olup olmadığıdır. Yoksa hangi ceza hükmüne göre

bakımından öncelikle somut olay incelenmeli; “bildirim yükümlülüğü doğup doğmayacağı” suçun müvekkiller, işveren veya çalışma arkadaşı avukatlar tarafından mı işlendiğine ve konunun meslek sırrı kapsamına girip girmediğine göre belirlenmelidir. Ama avukatlarla ilgili yapılan değerlendirmeler ışığında⁴⁸ meslek sırrı ve tanıklıktan çekinme hakkına rağmen somut olaya göre “işçi avukat”ın da suçu bildirme yükümlülüğü doğması mümkün görülmektedir.

İşveren açısından yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, işçinin de bir suça dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi suçu bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak kabul edilemeyecektir.

Belirttiğimiz üzere işçi, işvereni/işveren vekili ya da bir başka işçinin işlediği bir suçun mağduru, zarar göreni veya cezasızlık nedeninden yararlanacak biri değilse, suçtan haberdar olduğunda TCK m. 278 uyarınca suçu adli makamlara bildirmek zorundadır. İşçi, Türk Ceza Kanunu’ndan doğan bu yükümlülüğünü ceza alma korkusuyla yerine getirebilecektir. Böylece işçi öğrendiği suçlara rağmen, geçim kaynağını kaybetmemek adına iş sözleşmesini sona erdirmek istemese de, TCK m. 278 uyarınca yapacağı ihbar iş ilişkisinin devamını olanaksız kılacaktır. Çünkü ihbar ettikten sonra işçi, iş sözleşmesini feshetmediğinde iş ilişkisinin güven içinde devam ettirilmesi hayatın olağan akışında mümkün değildir. İş ilişkisinin yürütümü bakımından doğacak aksaklıkların yanı sıra, işçi ihbar ettiği kişi karşısında fiziksel ve ruhsal açıdan tehlike altında dahi olabilecektir. Bu sebeple işçi, suçu bildirme yükümlülüğü sonucu iş sözleşmesini derhal feshetmek zorunda kalacaktır.

İşçinin iş ilişkisindeki zayıf konumundan dolayı suçu bildirme yükümlülüğünün işçiye etkisinin, işverene etkisine göre daha fazla olduğu ve suç bildirimini işçi açısından daha ağır sonuçlar doğuracağı kabul edilebilir⁴⁹. Çünkü işveren işçiye talimat verme yetkisine sahiptir ve işçi işvereni ihbar ettikten sonra sözleşmeyi sona erdirmese, işveren bu yetkisini kötüye kullanılarak işçiyi maddi-manevi zarara sokabilecektir. Ayrıca işçi diğer işçiler tarafından mobbinge de maruz kalabilir. İşçi işvereni ihbar ettikten sonra her

cezalandırılacağı ceza hukukunun konusudur. Zaten avukatların ceza hukuku bağlamında kamu görevlisi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı olduğundan net bir cevap da verilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Meraklı**, Serkan: “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Dr. Dr. h. c. Silvia TELLENBACH’a ARMAGAN, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2018, ss. 1157-1176.

⁴⁸ Bkz. II. C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü dñn. 47.

⁴⁹ Buna ilişkin olarak ayrıca bkz. III. B. İşçinin Haklı Nedenle İş Sözleşmesini Feshedilmesi Bakımından

şeyi göze alıp iş sözleşmesini devam ettirmesine rağmen, bir süre sonra maruz kaldığı tutum ve davranışlara dayanamayıp somut olaya göre süreli veya haklı nedenle feshe de başvurabilir. Ya da İşK. m. 18/III-c'ye⁵⁰ rağmen işveren, gerçek gerekçe işçinin ihbarı olan ama görünürde başka nedenler bulunan somut olaya göre geçerli ya da haklı nedenle feshe başvurabilir (Bunların yerindeliği somut olaya ve gösterilen nedene göre değişecektir, ama temelinde yatan “ihbar edilmiş olması nedeni”nin hukuka uygun olmadığı kesindir). İşçi hiçbir sıkıntı yaşamadan ihbarda bulunur bulunmaz baştan iş sözleşmesini sona erdirdiğinde de, iş sözleşmesinin sona ermesinin işçileri daha fazla etkileyeceği gerçeği⁵¹ karşısında suçu bildirme yükümlülüğünün işçi açısından daha ağır sonuçları olacağı açıktır.

İster ihbar sonrası ilerleyen süreçte ister başlangıçta gerçekleşsin iş sözleşmesi sona erdiğinde işçi geçim kaynağını kaybetmiş olmasının yanı sıra, yeni iş ararken ihbarcı olarak fişlenme sebebiyle iş bulamama gibi başka zorluklarla da yüz yüze kalabilecektir.

İşK. m. 24/II'deki haklı nedenlere baktığımızda, bu nedenlerde açıkça yer alan ya da karşılık gelebilecek suçlarda işçi, suçun mağduru ya da suçtan zarar göreni olacak ve suçu bildirme yükümlülüğü doğmayacaktır. Ama bu işçinin suçu bildirme yükümlülüğü olmadığı anlamına gelmez. İşçinin, işyerinde ya da işyeri dışında, işveren/işveren vekili ya da işyerindeki diğer işçilerin gerçekleştirdiği, kendisine karşı olmayan (suçun mağduru ya da zarar göreni olmadığı) suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü mevcuttur; sadece bu durumlar İşK. m. 24/II'de açıkça ifade edilmemiştir.

Hem işçi hem de işveren açısından “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlıklı haklı nedenlerin “**ve benzerleri**” ifadesi sebebiyle sınırlı sayım olmadığı kabul edilmektedir.⁵² Bu örnekseyici sayım sebebiyle “işçinin işverenin, işveren vekilinin ya da diğer işçilerin işyeri dışında ya da içinde kendisine ve ailesine karşı olmayan suçların işlenmesi” durumunda haklı nedenle feshin mümkün olduğu düşünülebilirse de; yargı kararlarında bu durumun İşK. m. 24/II'deki “ve benzerleri” ifadesi kapsamına sokulacağı kesin olarak söylenemeyecektir. Çünkü burada sayılan nedenler hep işçiye ya da yakınlarına karşı gerçekleştirilen hal ve hareket-

⁵⁰ Ayrıca bkz. III. B. İşçinin Haklı Nedenle İş Sözleşmesini Feshedebilmesi Bakımından

⁵¹ **Gerek**, Nüvit: “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih”, Kara Tahta İş Yazıları Dergisi, Yıl: 2015, S.2, ss. 1- 17, s. 3.

⁵² Bkz. III. A. İşverenin Haklı Nedenle İş Sözleşmesini Feshedebilmesi Bakımından. III. kısımdaki alt başlıklarda görüleceği üzere bu anlayışla maddede açıkça yer almayan durumlar haklı neden kapsamında sayılmıştır. Ör: Yargı kararlarında mobbing (psikolojik taciz) haklı neden kabul edilmiştir.

lerdir. Dolayısıyla “işyerindeki işveren/işveren vekili ve diğer işçilerin işçiye ve ailesine karşı olmayan, işyerinde ama asıl işyeri dışında işlenmiş suçları” işçinin dayanabileceği haklı nedenler kapsamına sokmanın geniş bir yorum olacağı ileri sürülebilir. Bu sebeple, suçu bildirme yükümlülüğü sebebiyle işverenden daha zor duruma düşecek işçi için en azından “işverenin başkalarına karşı işyeri ve işyeri dışında işlediği suçların” da haklı neden sayılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi faydalı olabilecektir.

Suç u bildirme yükümlülüğü uyarınca işçinin suç bildirimini, sadakat borcuna aykırılık teşkil edip etmeyeceğini de irdelememiz gerekir. İş sözleşmesinin kişisel niteliğinden dolayı, “ taraflar arasında oluşması ve sürmesi gereken güven” için gerekli işçiyi gözetme yükümlülüğüne karşılık olarak işçinin de “sadakat borcu” vardır. İşçinin bu borcu, “özen ve sadakat borcu” başlıklı Türk Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

TBK m. 396’dan yola çıkarak sadakat borcunun öncelikle iki temel yükümlülüğü barındırdığı söylenebilecektir. Bunlar “sır saklama” ve “rekabet etmeme”dir. TBK m. 396/III’de yer verilmiş olan rekabet etmeme borcu⁵³, işverenin sadakat borcu kapsamında, bir yapmama borcu niteliği taşır⁵⁴. Bu borç uyarınca işçi, iş sözleşmesi süresince işvereni ile rekabet oluşturacak bir işi kendi adına yapmaması; işverene rakip bir başka işverenin yanında çalışmaması; işverene rakip bir kuruluştaki ortak olmaması veya başka bir sıfatla dahi böyle bir kuruluşla ilgisi bulunmaması gibi yükümlülüklerle uygun hareket etmek zorundadır⁵⁵.

Sır saklama yükümlülüğü⁵⁶ ise TBK m. 396’nın dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca işçi, iş ilişkisi süresince (hatta işverenin haklı menfaati için gerekli olduğu ölçüde iş ilişkisi sonrasında da) işe veya işletmeye ilişkin olup saklanması zorunlu bilgileri üçüncü kişilere açıklamamalıdır⁵⁷. Sır saklama yükümlülüğü kapsamı, maddede “iş gördüğü sırada

⁵³ Aslında, rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesi devamında ve sonrasında olmak üzere iki farklı şekilde karşımıza çıkar. İş ilişkisi devamındaki rekabet borcu TBK m. 396/III’de yer almaktayken; iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra tarafların rekabet yaşayı kararlaştırmasıyla gündeme gelecek borç TBK m. 444’de düzenlenmiştir.

⁵⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 150.

⁵⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 150; Narmanlıoğlu, s. 274.

⁵⁶ Sadakat ve bünyesinde barındırdığı sır saklama borcu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Ertürk, Arzu: Türk İş Hukuku’nda Sadakat Borcu, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 269 vd.; Alpagut, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İHD, Yıl: 2012, S.25, ss. 23-32; Albayrak Gül, Hande: “İşçinin Sadakat Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, C.11, Sayı: 141-142, ss. 121-197, Arı, Mehmet, “İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.115, 2016, ss. 58-63.

⁵⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 148; Narmanlıoğlu, s. 272.

öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgiler⁵⁸” olarak açıkça belirlenmiştir. Doktrinde ayrıca, işverence gizli kalması gerektiği bildirilen veya böyle bir açıklama yapılmamakla birlikte işverenin bu yöndeki iradesinin bilindiği veya bilinebildiği hallerde; işverenin mali, kişisel ve ailevi ilişkilerinin de bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir⁵⁹. Bu açıklamalarımıza göre, sır saklama yükümlülüğü kapsamına işverenin suçlarının gireceğini söylemek mümkün değildir. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, her ne kadar doktrinde kişisel bazı sırların da saklama yükümlülüğü kapsamına girebileceği belirtilmişse de, bununla işçinin işlediği suçların kastedildiğini düşünmüyoruz.

İşçinin suçu bildirme yükümlülüğünün, işçinin sadakat borcu ve bu kapsamda sır saklama yükümlülüğüne aykırılık olup olmayacağı değerlendirilmesinde, sadakat borcu sınırları da önem arz edecektir.

İş ilişkisinin gereği olmasının yanı sıra Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça belirtildiğinden işçinin işverene sadık olması ve sır saklaması zorunludur; ancak bu durum suçu bildirme yükümlülüğünü kaldıracak hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyecektir. Çünkü her hak ve yükümlülük gibi işçinin bu borcu da sınırsız değildir.

Öncelikle TBK m. 396’nın lafzını incelediğimizde, işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak ve yine haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde sır saklamakla yükümlü olduğunu görürüz. Anlaşıldığı üzere işverenin haklı ve meşru menfaati, sadakat borcunun bir sınırını teşkil etmektedir. Haklı bir menfaat yoksa sadakat borcu da olmayacaktır⁶⁰. Haklı menfaat değerlendirilmesinin ise TMK m. 2 temelinde somut olayın koşulları ve çalışma hayatının gerekleri göz önünde tutularak yapılacağı belirtilmiştir⁶¹. İşçinin, işverenin işlediği bir suçu ihbar etmemesinde doğal olarak işverenin menfaati vardır; ama bunun haklı bir menfaat olduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla işçinin ihbarı sadakat borcuna aykırılık olarak nitelendirilemez.

“İşverenin işlemediği ama işyerinde işlenen ya da bir başka işçinin işyeri dışında işlemiş olduğu bir suçun ihbar yükümlülüğünde” ise, işverenin

⁵⁸ Üretim sırları kapsamına, “üretim süreci, üretim talimatları, yeni üretim yöntemleri ve ürünler, sayısal çizelgeler, modeller veya araştırma sonuçları” gibi bilgiler girerken; iş sırları ile “üretim dışında kalan pazarlama, organizasyon, tedarik, müşteri listeleri, fiyat hesaplamaları, reklam stratejileri, gelir kaynakları, personel yapısı ve stok yapısı” ifade edilmiştir (Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 148; **Alpagut**, s. 28)

⁵⁹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 148.

⁶⁰ **Centel**, s.41; **Tunçomağ/Centel**, s.100; **Arslan Ertürk**, s.138-139; **Alp**, Whistleblowing, s.121; **Albayrak Gül**, s. 138.

⁶¹ **Alpagut**, s. 31.

işyerinin itibarının zedelenmesini istememesi ve işyeri düzeninin bozulmaması bakımından haklı bir menfaati vardır. Ancak işyerinde işlenen suçlar bakımından TBK m. 417'deki önleme yükümlülüğü düşünüldüğünde yine işçinin suçu bildirmesi, “sadakate aykırılık” ve “sözleşme ihlali” olarak değerlendirilemez. İşverenin işlemediği ve işyeri dışında gerçekleşen suçlarda da sadakat borcu ihlali olmayacaktır. Burada da dayanağımız, sadakat borcunun sınırlarından olan “Anayasal temel hak ve özgürlükler” ile “işçinin temel hak ve özgürlüklerinden işverenin menfaati için feragat etmesinin beklenmemesi”dir⁶². İşçinin haklı menfaati ile işverenin haklı menfaati karşı karşıya geldiğinde hangisinin üstün geleceği somut olaya göre değerlendirilmeli ve ölçülülük ilkesi doğrultusunda karar verilmelidir⁶³. Burada işçi suçu ihbar etmezse, suçu bildirmeme suçundan mahkûm edilebilecektir; bu durumda da işçiden işverenin menfaatini düşünmesi beklenemez. İşçinin menfaati dışında, işçinin suçu bildirme yükümlülüğünün taşıdığı amaca da bakmak gerekir. İşçinin suçu bildirmesiyle diğer bir ifadeyle suçu bildirmeme suçuyla, suçun ya da suçun sonuçlarının önlenmesi istenmektedir. Burada işçinin bireysel menfaatinin ötesinde kamu yararı da vardır. İşverenin haklı menfaati ile TCK m. 278'in koruduğu hukuki yarar karşılaştırıldığında işçinin bildirim yükümlülüğü öne çıkacaktır. İşverenin haklı menfaatinden bile daha üstün anayasal “kişisel verilerin korunması hakkı (AY m. 20)” ve buna mukabil diğer kanun düzenlemelerine⁶⁴ rağmen yukarıda da yer verdiğimiz üzere TCK m. 280 uyarınca, sağlık mesleği mensupları, karşısına gelen olaylarda suça dair bir belirti görürse bunu bildirmek zorundadır. TCK m. 280, AY m. 13 doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerin Kanun ile sınırlandırılmasına örnek gösterilebilir. Dolayısıyla TCK m. 280 ile Anayasal temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmediği kabul edilebiliyorsa, TCK m. 278 uyarınca işçinin hareket etmesinin sadakat borcunu ihlali olarak kabulü hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Zira maddede söz konusu olan suç ya da suçun sonuçlarının önlenmesidir ve bu durum karşısında diğer hak ve menfaatler ikinci plana itilebilmektedir. Buna bir başka örnek ise TCK m. 24/III tür. Bu düzenlemeye göre konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

⁶² **Alp**, Whistleblowing, s. 123; **Albayrak Gül**, s. 138. Sadakat borcunun özel hukuktaki kişilik hakkından ve Anayasal temel haklardan kaynaklanan sınırları için bkz. **Arslan Ertürk**, s. 213-239.

⁶³ **Ertürk**, s. 115,116; **Alp**, Whistleblowing, s. 123; **Albayrak Gül**, s. 138-139.

⁶⁴ Bkz. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 4, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20 - m. 21 - m. 23, Hekimlik Meslek Etik Kuralları m. 9.

Sonuç olarak faili ya da mağduru olmadığı ya da CMK m. 45 anlamında tanıklıktan çekinmesi söz konusu olmayan işçinin suçu bildirme gerekliliği sebebiyle yaptığı ihbar, işverence sadakatsizlik olarak değerlendirilip işçinin iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle feshedilmesine yol açamaz. Zaten İşK. m. 18/III-c uyarınca “*mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurma veya bu hususta başlatılmış sürece katılma*” geçerli neden sayılamayacağından işveren geçerli nedenle feshe ve evleviyetle haklı nedenle derhal feshe başvuramayacaktır. Ama bu, suçu bildirme yükümlülüğünün yukarıda açıkladığımız işçi açısından doğacak olumsuz sonuçlarının önüne geçemeyecektir.

III. HAKLI NEDEN OLARAK SUÇ

A. İşverenin Haklı Nedenle İş Sözleşmesini Feshedebilmesi Bakımından

İş Kanunu m. 25’de işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle, bildirim sürelerine gerek olmaksızın derhal feshedebileceği durumlar sayılmıştır. İşverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshi, kanunda düzenlendiği üzere, “*sağlık sebepleri*”, “*ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*”, “*zorlayıcı sebepler*” ve “*koruma tedbirleri sebebiyle devamsızlık*” şeklinde 4 gruba ayrılarak incelenebilir. İşçinin işlemiş olduğu suçlardan dolayı haklı nedene başvurulması “*ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” kapsamında düzenlenmiştir.

Bir haklı nedenin hangi kapsamda olduğunun tespiti önemlidir. Çünkü “*ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” kapsamında işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi durumunda işçi, onun için çok önemli olan kıdem tazminatından mahrum kalacaktır⁶⁵.

İşK. m. 25/II’de “*ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri*” kapsamında çeşitli suçlara açıkça yer verilmiştir. Ama bu başlıktaki bazı nedenlerin suç niteliği taşıdığı ifade edilmemişse de, yapılacak değerlendirmelerle bunların da ceza hukuku anlamında bir suça karşılık gelebileceği sonucuna ulaşılabilir.

İşçi bakımından doğuracağı sonuçları sebebiyle İşK. m. 25/II’de sayılan işverenin haklı nedenlerinin neler olduğunun belirlenmesi çok önemlidir. Kanun koyucu bu bentteki nedenleri düzenlerken sınırlı sayım değil “ve

⁶⁵ Kıdem tazminatı ve şartları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 628 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 261 vd.; Süzek, s. 726 vd., Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 307 vd.; Narmanlioğlu, s. 535 vd.

benzeri haller” ifadesine yer vererek örnekseyici sayım yapmayı tercih etmiştir⁶⁶. Yargıtay da bu doğrultuda karar vermiştir⁶⁷. Doktrinde bu örnekseyici sayımın, taraflardan sözleşmeyi devam ettirmesi beklenemeyecek farklı durumlara karşı işverenleri koruyacağı belirtilmiştir⁶⁸. Kazuistik kanun yapımı modern yaşantıya, gelişen ve değişen hayat şartlarına uygun düşmeyeceğinden m. 25/II’de yapılan örnekseyici sayımın yerinde olduğunu kabul etsek de; iş sözleşmesinin m. 25/II kapsamında derhal sona ermesi, işçi için işsizlik ödeneğinden yararlanma mahrumiyeti ve kıdem tazminatı kaybı gibi önemli sonuçlara sebep olacağından “örnekseyici sayım”ın kötü durumlara yol açabileceği kanaatindeyiz⁶⁹. İşçi aleyhine olan bu durumun önüne geçebilmek için, doktrinde İşK. m. 25’deki “ve benzerleri” genişletici ifadesinin ölçülülük ve işçi lehine yorum ilkeleri karşısında dar yorumlanmasının yerinde olacağı belirtilmiştir⁷⁰.

Ayrıca doktrinde İşK. m. 24 ve m. 25’de sayılan nedenler dışında bir durumla karşılaşıldığında, Borçlar Kanunu’nda hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshini düzenleyen TBK m. 435’e başvurulabileceği de ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, İşK. m. 24/II ve İşK. m. 25/II’de sınırlı sayım ilkesi geçerli olmadığından, düzenlemelerde açıkça neden olarak sayılmayan bir durumla karşılaşıldığında, bunun haklı neden sayılıp sayılmayacağını tespiti için TBK m. 435/II “*Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır*” hükmünün esas alınması yerinde olacaktır⁷¹. Ama bu görüşün aksine, İşK. m. 24 ve İşK. m. 25 düzenlemeleri karşısında İş

⁶⁶ **Baysal**, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2011, s. 7; **Bedük**, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2019, C.27, S.3, ss. 679-726, s. 693; **Yamakoğlu**, s. 47.

⁶⁷ Bkz. 22. HD., 12.05.2014, 2014/11569 E., 2014/12397 K., [(Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/3, S.46, (www.calismatoplum.org, E.T.:17.09.2020)].

⁶⁸ **Baysal**, s. 7.

⁶⁹ Aynı açıklamalar İşK. m. 24/II için de geçerlidir. Ancak işçinin işveren karşısındaki konumu sebebiyle işverenin dayanacağı haklı nedenlerin örnekseyici sayılmasının sonuçları işçinin başvuracağı nedenlerin örnekseyici sayılmasına oranla çok daha ağır olduğundan “işçiyi koruma ilkesi de düşünüldüğünde” bu örnekseyici sayım eleştirisi İşK. m. 25/II bendi bakımından daha fazla önem arz etmektedir.

⁷⁰ **Alp**, Mustafa: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 175-257, (Değerlendirme), s. 194.

⁷¹ **Yürekli**, Sabahattin: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2016, s. 272.

Kanunu uygulamasında TBK m. 435'e başvurulamayacağı da kabul edilmiştir⁷²

"Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altındaki nedenlerin çoğunluğu ceza hukuku anlamında suç teşkil edebilecek davranışlardır. Aşağıda bu nedenler tek tek ele alınacaktır.

1. İşçinin İşvereni Yanılması

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında taraflar arasında mevcut bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ama işveren ve işçi aday, dayanağını Türk Medeni Kanunu 2. maddesinde bulan borçlar hukukundaki "koruma yükümlülükleri" uyarınca, görüşmelerin başladığı ilk andan itibaren karşılıklı hak ve menfaatlerini korumak ve birbirlerine zarar vermemek için özen göstermekle yükümlüdürler⁷³. Bu doğrultuda, işveren "işçi adayına soru sormak" başta olmak üzere çeşitli şekillerde işçiyle ilgili bilgi edinme hakkına sahipken, işçinin de bu soruları doğru bir şekilde cevaplaması ve işvereni yanıltmaması gerekir⁷⁴. Aksi halde, kurulmuş olan bir iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi mümkün olabilir. İşK. m. 25/II-a'ya göre iş sözleşmesi yapıldığı sırada işçi, sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli nitelikler kendisinde bulunmadığı halde bulunduğunu söylese veya gerçek olmayan bilgiler vererek işvereni yanıltırsa, işveren ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller kapsamında iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir⁷⁵.

İşçi, soruları yanlış cevaplama veya kendiliğinde yalan beyanlarda bulunmanın yanı sıra, susarak ya da işverende uyanan yanlış kanaati devam ettirerek de işvereni yanıltabilecektir. Bir inşaat işçisinin epilepsi hastası olduğunu işverenine söylememesi, susarak işvereni yanıltmaya örnektir⁷⁶. Sonuç olarak işle ilgili bilgi vermekle yükümlü olduğu konularda, işveren soru sormasa da, işçi bir açıklama yapmayarak aksi bir kanaat oluşmasına

⁷² Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 576. Aynı açıklamalar, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilmesi bakımından İşK. m. 24'deki "ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı için de geçerlidir.

⁷³ Süzek, s. 311; Erkanlı Başbüyük, s. 13.

⁷⁴ İşçi ve işverenin iş sözleşmesi kurulması aşamasında hak ve yükümlülükleri için bkz. Erkanlı Başbüyük, Betül, Tarafların İş sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart 2015.

⁷⁵ Bu haklı nedenle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Odaman, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 85 vd.; Odaman, Serkan: "İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanılması ve Hukuki Sonuçları", Tekstil İşveren Dergisi, Ekim-2002, S. 274, (İşçinin İşvereni Yanılması), ss. 40-43; Savaş, s. 67-72; Arslan Durmuş, s. 47-57.

⁷⁶ Süzek, s. 668; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 238; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 282-283; Odaman, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 87; Odaman, İşçinin İşvereni Yanılması, s. 40; Savaş, s. 68; Arslan Durmuş, s. 49.

yol açıtsa “yükümlülük ihlali” ve “işvereni yanıltma” gündeme gelecektir. Yargıtay da, “güvenlik görevlisi bir işçinin, işe alım sırasında doldurduğu formda sabıkasını gizlemesi”ni yalan beyan olarak değerlendirmiş ve bu durumu işveren lehine haklı fesih nedeni kabul etmiştir⁷⁷. Kanaatimizce burada işçi güvenlik görevlisi olduğu için karar yerindedir; ancak genel anlamda haklı neden teşkil etme açısından sabıkanın içeriğinin ne olduğu da önemlidir. İşçilerin sabıklarını açıklamaması veya adli sicil kayıtlarını sunmalarının haklı eden teşkil edip etmeyeceğini, başvuru iş ve sabıkanın niteliğinin esas alındığı bir değerlendirme sonrası söylemek gerekir. Çünkü işçinin işi ile ilgisi olmayan bir sabıkası konusunda açıklama yapma yükümlülüğü olduğunu kabul etmek, işçinin kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir. Doktrinde de işçi adayının işle maddi bağlantısı olan eski mahkûmiyetlerini bildirmesi gerektiği belirtilir. Dahası, iş ile maddi bağlantısı olan mahkûmiyetler bile adli sicilden silindiyse işçinin kendisine bu konuda soru yöneltile dahi sabıkası olmadığını söyleyebileceği de ileri sürülmüştür⁷⁸.

Sonuç olarak işçinin bir davranışının “işvereni yanıltma” olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle söz konusu durumun sözleşmesinin esaslı noktalarına ilişkin olup olmadığına bakılmalıdır⁷⁹.

İşçinin açığa vurmama hakkı olduğu konularda, “işçinin işvereni yanıltması haklı nedeni” kural olarak oluşmayacaktır. Örneğin, işçinin işe alımda işverene hangi sendikaya üye olduğunu söylememesi, hatta üyeliğine ilişkin olarak yalan söylemesi, sendika özgürlüğünün anayasal güvencesi AY m. 51, İşK. m. 5’deki eşit davranma ilkesi ve Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁸⁰ m. 25/I karşısında işvereni yanıltma olarak sayılmamaktadır⁸¹. Kadın işçinin hamile olup olmadığını sormak ise anayasal özel

⁷⁷ Bkz. Y. 9. HD. , 22.01.1998, E. 1998/19393, K. 1998/432; Y. 9. HD. , 6.6.2000, E. 2000/4727, K. 2000/7993, www.kazanci.com, (E.T.:11.06.2020),

⁷⁸ **Eyrenci**, Öner: “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, 1991, ss. 239-262, s. 255-256; **Senyen Kaplan**, Bilgisayar Bakımından İşçinin Kişilik Hakları, s. 380, **Ertürk**, s. 71-72; **Odaman**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 91-92; **Odaman**, İşçinin İşvereni Yanıltması, s. 42; **Arslan Durmuş**, s. 54; **Erkanlı Başbüyük**, s. 80.

⁷⁹ **Odaman**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri s. 87; **Ünlü**, Vahap: “İş Başvurusu Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması”, Sicil İHD, Yıl: 4, S.14, Haziran 2009, ss. 276-283, s. 280; **Savaş**, s. 67.

⁸⁰ R.G. Tarih: 07.11.2012 R.G. Sayı: 28460

⁸¹ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 588; **Eyrenci**, s. 256; **Süzek**, s. 668, **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 238; **Ertürk**, s. 74; **Odaman**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 93; **Öktem Songu**, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak

hayatın gizliliği hakkına (AY m. 20) ve Türkiye'nin onaylamış olduğu Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi⁸² m. 11 e aykırı olacaktır⁸³. Ayrıca bu soru iş sözleşmesi yapılırken cinsiyet ve hamilelik gibi sebeplerle farklı işlemde bulunulmasını engelleyen İŞK. m. 5'deki eşit davranma ilkesine de uygun görülmez⁸⁴. Bu sebeple kadın işçinin (ya da eşinin bebek bekleyip beklemediğine yönelik olarak erkek işçinin) bu tür sorulara da cevap vermeyebileceği ve yanlış bilgi verirse de bunun feshe neden olamayacağı kabul edilir⁸⁵.

Ancak işçiye sorulabilecek sorular, işçinin açığa vurmama hakkı ve işçinin açıklama yapma yükümlülüğünün kapsamı bakımından bazı istisnai durumlar da vardır. Örneğin, kimyasal atıklarla uğraşma ya da x ışınlarına maruz kalma gibi iş sağlığı ve güvenliği bakımından sorun çıkaracak alanlarda kadın işçilere hamile olup olmadığı sorulabilecektir. Bu sorulara verilen yanlış cevaplar da işvereni yanıltma olarak kabul edilip haklı nedenle feshe imkân sağlayabilecektir. Dahası işveren soru sormasa bile bu gibi durumlarda işçinin kendiliğinden açıklama yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu durum sporculuk, mankenlik ve sahne sanatları gibi alanlarda iş görme ediminin niteliğinden dolayı da geçerli olacaktır⁸⁶.

İstisnalardan bir diğeri de sendikaya alınacak sekretere hangi sendikaya üye olduğunun sorulabileceği olmasıdır. Söz konusu istisna bakımından manevi amaçlı işletmelere değinmek gerekir. "Manevi amaçlı işletme (Tendenzbetrieb)" kavramı Alman İşyeri Düzeni Kanunu'nun (BetrVG)⁸⁷ 118. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, doğrudan doğruya ve ağırlıklı olarak belli bir dini, politik, sınıfsal, eğitsel, sanatsal amaçlara veya basın

İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", Polat SOYER'e Armağan, DEÜHFD, Yıl: 2013, C.15, Özel Sayı, 2014, (İfade Özgürlüğü), ss. 609-650, s. 634; **Erkanlı Başbüyük**, s. 71, 72-73.

⁸² 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşme 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 24.07.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla Bakanlar Kurulu'na onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁸³ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 588; **Eyrenci**, s. 254-255; **Senyen Kaplan**, Bilgisayar Bakımından İşçinin Kişilik Hakları, s. 379; **Senyen Kaplan**, İş Hukuku, s. 283; **Erkanlı Başbüyük**, s. 77.

⁸⁴ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 250; **Erkanlı Başbüyük**, s. 77.

⁸⁵ **Eyrenci**, s. 255; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 250. Kadının hamileliğine ilişkin sorularla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ertürk**, s. 68-71; **Arslan Durmuş**, s. 52-53; **Erkanlı Başbüyük**, s. 76-79.

⁸⁶ **Eyrenci**, s. 255; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 250; **Ertürk**, s. 76-77; **Arslan Durmuş**, s. 53; **Erkanlı Başbüyük**, s. 77.

⁸⁷ BetrVG-Betriebsverfassungsgesetz.

yayın ve film özgürlüğü kapsamında düşünce açıklaması ve raporlama amacına ulaşmaya hizmet eden işletmeler, manevi amaçlı işletmelerdir. Manevi amaçlı işletme kavramı, Türk mevzuatında yer alan bir ifade değildir. Ancak bu duruma örnek teşkil edecek 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Ve Eşitlik Kurumu Kanunu⁸⁸ 7. maddesi bulunmaktadır. Maddenin I-d bendince *bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı mümkün görülebileceğinden*, bu kişilere dini inanca yönelik sorular sorulabilecektir⁸⁹. Yukarıda verdiğimiz sendikaya alınacak sekreter örneğinin de aslında manevi amaçlı işletmelerin bu istisnai durumunun sonucu olduğu söylenebilir.

İşK. 25/II kapsamındaki bazı hükümlerde açıkça suç kavramına yer verilmemişse de, bunların yapacağımız değerlendirmelerle TCK'daki bazı suçlara karşılık gelebileceğini tespit edebileceğimizi belirtmiştik. Zaten işçinin işvereni yanıltmasını çalışmamız kapsamında ele almamızın sebebi bu düşünceye dayanmaktadır.

İşçinin işvereni yanıltması haklı nedeninin Türk Ceza Kanunu anlamında “dolandırıcılık suçu” teşkil edip etmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapılabilir. Dolandırıcılık TCK m. 157’de düzenlenmiştir. Maddeye göre “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanması*” dolandırıcılık suçunu oluşturur. İşK. m. 25/II-a alt bendinde tasvir edilen haklı nedenin somut olaya göre dolandırıcılık suçu olarak nitelendirilebileceği kanısındayız⁹⁰. Özellikle, işçi sahte cv, sertifika, ehliyet, diploma vs. düzenlemişse bunlar açıkça hileli davranışlara karşılık geleceğinden bu suçun gerçekleşmiş olduğunu söyleyebilmek daha kolay olacaktır. Kanaatimizce burada sadece dolandırıcılık suçu değil TCK m. 207 de yer alan özel belgede sahtecilik suçu⁹¹ da gündeme gelebilecektir.

2. İşçinin Şeref ve Namusuna Dokunacak Söz ve Davranışları

İşK. m. 25/II-b alt bendine göre işçinin, *işveren veya onun aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya buna yönelik davranması ya da şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda*

⁸⁸ Kabul Tarihi: 06.04.2016 RG. Tarihi: 20.04.2016

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Birben**, Erhan: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2016, ss. 135-169, s. 143-149.

⁹⁰ Dolandırıcılık suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 806-846; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 709-732;

⁹¹ Özel belgede sahtecilik suçu için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 971-974; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 860-863.

bulunması işverenin “ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamında iş sözleşmesini derhal haklı nedenle feshedebilmesi imkânı sağlayacaktır. Madde 25/II’de örnekseyici sayım olduğu kabul edildiğinden bu söz ve davranışların sadece işverene karşı değil işveren vekiline karşı gerçekleştirilmesinde de haklı fesih sebebi olacağı belirtilmektedir⁹². Yargıtay da bu yönde karar vermiş ve işyerinde bölüm şefine hakareti bu kapsamda kabul etmiştir⁹³.

Madde metnindeki aile üyeleri ifadesi kapsamına ise, “işverenin eşi, çocukları, anne-babası ve kardeşleri”nin dâhil edilebileceği doktrinde belirtilmektedir⁹⁴.

İşK. m. 25/II-b açısından önemli bir husus, işçinin ifade özgürlüğü kapsamında yapmış olduğu eleştiri ve açıklamaların bu kapsamda değerlendirilememesidir⁹⁵. Ayrıca işçinin ihbar ve isnatları asılsız ise haklı nedene konu edilebilecektir. Aksi halde buna dayanarak işveren, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyecektir⁹⁶.

Uygulamada uyuşmazlıklara sebep olabilecek diğer durum ise, haklı nedenin varlığının ispatıdır. Örneğin, işverene ait bilgisayar ve e-mail adresiyle yaptığı özel yazışmalarda işçinin işverene hakaret teşkil eden ifadeler kullanması veyahut işverenle bağlantısı olmayan bir bilgisayar ve internette yapmış olduğu yazışmalar ya da sosyal medya araçlarında bu ifadelere yer vermesi halinde, öncelikle kontrol edilmesi gereken işverenin bu bilgileri hukuka uygun bir şekilde elde edip etmediğidir. Eğer hukuka aykırılık varsa bu şekilde elde edilen delilin “delil yasakları” kapsamında dikkate alınmaması gerekecektir⁹⁷. Ancak hukuka aykırı şekilde edinilen bir delil, yasak

⁹² **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 250; **Süzek**, s. 669; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 238-239.

⁹³ Bkz. Y. 9. HD., 04.03.1999, 1999/1866 E., 1999/4119 K., www.kazanci.com, (E.T.:15.04.2020).

⁹⁴ **Demir**, s. 408. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Odaman**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 95-97; **Arslan Durmuş**, s. 58-59.

⁹⁵ **Tunçomağ/Centel**, s. 224; **Süzek**, s. 668; **Öktem Songu**, İfade Özgürlüğü, s. 637-638.

⁹⁶ **Tunçomağ/Centel**, s. 224; **Süzek**, s. 669; **Demir**, s. 408; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 239; **Senyen Kaplan**, İş Hukuku, s. 283; **Alp**, Whistleblowing, s. 405; **Öktem Songu**, İfade Özgürlüğü, s. 641-642. Asılsız isnada yönelik karar için bkz. Y. 9. HD., 30.9.2004, 2004/4860 E., 2004/21081 K., www.kazanci.com, (E.T.:25.06.2020).

⁹⁷ İnternet ve e-postaya müdahale ile elde edilen delillerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Öktem Songu**, s. 1081-1086. Yargıtay, işverene ait bilgisayarları ve elektronik postaları kullanarak işçinin yaptığı özel yazışmalarda işverene karşı hakaret niteliğinde ifadeler kullanmasını İşK. m. 25/I’ın II. bendi uyarınca haklı neden olarak kabul etmiştir, [Y. 9. HD., 13.12.2010, 2009/447 E. , 2010/37516 K. , www.kazanci.com, (E.T.:15.04.2020)]. Doktrinde de bu karar yerinde bulunmuş ancak, bu yönde kararların işverenin e-posta-

delil olarak kabul edilse ve gerekçedeki değerlendirmede buna yer verilmese de, özellikle iş mahkemelerinde bu deliller hâkimin kanaatini etkileyebileceğinden, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen davanın taraflarının bu yasak delilleri dosyalarına eklediği uygulamada görülmektedir.

Ceza Kanunu ile İş Kanunu metinleri karşılaştırıldığında bu alt bentteki haklı nedenin TCK m. 125 kapsamında hakaret suçunu oluşturabileceği görülecektir. Çünkü suçun kanundaki tanımına bakıldığında *birine onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi* hakaret suçunu işlemiş olacaktır⁹⁸.

2005 tarihinde TCK m. 125 kanun metnindeki “yakıştırmada bulunmak” ifadesi çıkarılmıştır⁹⁹. Ama bunun madde uygulamasında bir değişikliğe sebep olmayacağı; bu kavrama ayrıca yer verilmesine gerek olmadığı için maddeden çıkarıldığı ifade edilmiştir¹⁰⁰. Bu düşünceye göre *onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte* bir yakıştırmamanın bu madde kapsamında kabul edilmesi gerekecektir.

Burada işverenin gıyabında gerçekleşen hakaretin suç teşkil etmesi için en az üç kişinin konuya dâhil olması aranmıştır. Dolayısıyla işçinin sadece bir arkadaşına işverenin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi haklı neden olabilecek ama hakaret suçu niteliği taşımayacaktır. Bu “en az üç kişi” kapsamına doğal olarak hakarete uğrayan kişinin kendisi (mağdur)¹⁰¹ ve fail girmez. Ayrıca yasal olarak sırrı saklamak zorunda olanların da en az üç kişi kapsamına dâhil edilemeyeceği kabul edilmiştir. Üç kişi şartının gerçekleşmesi için konuya dâhil olan kişilerin hakaretin anlamını kavrayabilmiş olmaları gerekir. Bu sebeple sağırılık, sarhoşluk, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, kullanılan dili bilmeme gibi durumlar varsa söz konusu kişiler en az üç kişi şartını oluşturamaz. Temyiz kudreti mutlak bir şekilde ortadan kalkmış olan kişiler için de bu durum evleviyetle geçerli olacaktır¹⁰². Bunların yanı sıra en az üç kişi şartını sağlayacakların birlikte olmaları ve hakareti aynı anda öğrenmeleri gerekmez¹⁰³.

lara müdahalesinin hukuka uygunluğuna bakılarak verilmesinin gerekliliği de belirtilmiştir, (Süzek, s. 669, dpn. 10) .

⁹⁸ Hakaret suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Yurtcan**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019; **Kocaoğlu**, Serhat Sinan: Hakaret Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2019.

⁹⁹ 9/6/2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanununun 15 inci maddesiyle.

¹⁰⁰ **Yurtcan**, s. 15.

¹⁰¹ Y. 15. CD. 15.09.2014, 2013/23027 E., 2014/14671 K., (**Yurtcan**, ss. 46-50, s. 47).

¹⁰² **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 613-614; **Yurtcan**, s. 13; **Kocaoğlu**, s. 141-142.

¹⁰³ Y. 15. CD. 07.10.2015, 2015/4014 E., 2015 /29599 K., (**Yurtcan**, ss. 61-64, s. 61).

Hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması ise mağdurun, konumuz açısından bakarsak işverenin şikâyetine bağlı olacaktır (TCK m. 131)¹⁰⁴.

İşK. m 25/II-b’de asılsız ihbar ve isnatlarda bulunulması ifadesine de yer verilmiştir. Bu durumda da TCK m. 271’deki “suç uydurma suçu” da gerçekleştirilmiş olabilir. Ceza düzenlemesine göre, “*İşlenmediğini bildiği bir suçu, yetkili makamlara işlenmiş gibi ihbar eden ya da işlenmeyen bir suçun delil veya emarelerini soruşturma yapılmasını sağlayacak biçimde uyduran kimse*” suç uydurma suçu işlemiş olmaktadır.

Yine belirtmek gerekir ki, tespit ettiğimiz üzere İşK. m. 25/II-b kapsamındaki işçinin söz ve davranışlarının suç teşkil etmesi mümkünse de, bu haklı nedenle fesih için bir zorunluluk değildir¹⁰⁵.

3. İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

İşK. m. 25/II-c alt bendinde, işçinin işverenin başka bir işçisine karşı cinsel tacizde bulunması haklı neden olarak kabul edilmiştir. Burada işyeri ifadesine yer verilmediğinden tacizin nerede gerçekleştiği önem taşımamaktadır¹⁰⁶. Söz konusu işçilerin aynı işyerinde çalışıyor olması dahi gerekmediği kabul edilir¹⁰⁷. Dahası özel olarak düzenlenmese de işçinin bir müşteriyi taciz etmesi de haklı neden olarak görülmüştür. Ama tacize ilişkin bu hüküm olmasa da işçinin müşteriyi taciz etmesi karşısında, İşK. m. 25/II-e alt bendi (işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları) ya da f bendi (işyerinde suç işlenmesi) uyarınca da haklı neden gündeme gelebilir. Zaten böyle bir olayda Yargıtay cinsel taciz ile ilgili II-c’yi değil İşK. m. 25/II-e’yi dayanak göstermiştir¹⁰⁸. Sonuç olarak sadece “işverenin bir başka işçisi” ifadesine yer verilmişse de, işyerinde herhangi bir kişiye, işçi sıfatı olmayan

¹⁰⁴ Takibi şikâyete bağlı suçlarda suçu bildirmeme suçu kapsamında bir bildirim yükümlülüğü olup olmadığı ise tartışmalıdır. Bkz. II. A. Suçu Bildirmeme Suçu, dpn. 33.

¹⁰⁵ **Tunçomağ/Centel**, s. 219; **Demir**, s. 408. Bkz. I. Haklı Nedenle Fesihlerde Ceza Mahkemesi Kararı Gerekliliği ve Ceza Yargılamasının İş Mahkemesi Kararlarına Etkisi

¹⁰⁶ **Tunçomağ/Centel**, s. 224; **Süzek**, s. 669-670; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 239, **Senyen Kaplan**, s. 284; **Savaş**, s. 82; **Arslan Durmuş**, s. 70; **Yamakoğlu**, s. 136.

¹⁰⁷ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 239; **Arslan Durmuş**, s. 69.

¹⁰⁸ Bkz. Y. 9. HD. 21.11.2017, 2017/7241 E. , 2017/18767 K. , www.hukukmedeniyeti.org, (E.T.: 04.04.2020). Benzer şekilde şoförün yolcuyu tacizi de İşK m. 25/II- e kapsamında haklı neden kabul edilmiştir, Bkz. Y. 22. HD., 19.10.2015, 2015/24569 E., 2015/28955 K., (**Astarlı**, Muhittin: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 211-383, s. 247).

çırak, stajyer ya da alt işverenin işçisine cinsel tacizde bulunulması da bu bent kapsamında kabul edilmiştir¹⁰⁹.

Maddede, işçinin, işverene ya da işverenin ailesine cinsel tacizde bulunmasına yönelik bir ifadeye de yer verilmemiştir. Çünkü işverene ve ailesine cinsel tacizde bulunulması İşK. m. 25/II-b alt bendi kapsamında şeref ve namusa dokunacak söz ve davranış olarak değerlendirileceğinden derhal feshe olanak sağlayabilecektir.

Aslında c alt bendine yer verilmeseydi de, “işverenin bir işçisinin bir başka işçisine cinsel tacizde bulunmasının haklı neden teşkil edeceği”, aşağıda irdedeceğimiz d alt bendi uyarınca “sataşma” haklı nedenle feshine imkân sağladığından evleviyetle mümkün görülebilirdi¹¹⁰. Ama konunun hassasiyetinden dolayı ayrı bir alt bent olarak düzenlenmiştir¹¹¹.

Konunun hassasiyeti Türk Ceza Kanunu düzenlemelerinden de anlaşıl-maktadır. Çünkü TCK m. 105/II-c bendinde, “*aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle suçun işlenmesi*” cinsel tacizin, TCK m. 102/III-b bendinde ise “*...hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenme*” cinsel saldırı suçunun ağırlaştırıcı sebepleri olarak kabul edilmiştir. Bu durumlarda her iki suçta ceza ½ oranında arttırılacaktır. Ayrıca olay sebebiyle mağdur, işinden ayrılmak durumunda kaldıysa da cinsel tacizin cezası 1 yıldan daha az olamayacaktır. Her ne kadar ilk bakışta bu ağırlaştırıcı hallerin, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi kapsamında işverenin cinsel tacizinde (iş ilişkisindeki konumu ve hiyerarşik ilişki sebebiyle) gerçekleşeceği düşünülebilirse de, elbette işçiler açısından da (Ör: işçinin bir başka işçiye cinsel tacizde bulunmasında) söz konusu olabilecektir.

Bir fesih nedeninin geçerli mi haklı mı ve haklı nedense hangi kapsamda olduğunun tespitinin öneminden dolayı, her ne kadar “kazuistik

¹⁰⁹ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 250-251; **Arslan Durmuş**, s. 68; **Yamakoğlu**, s. 135-136. İşyerindeki stajyer kız öğrenciye karşı uygunsuz hareketlerin İşK m. 25/I II-c alt bendi kapsamında kabul edilebileceğinin belirtildiği karar için bkz. Y. 9 HD., 19.6.2006, 2006/13620 E., 2006/17779 K., www.kazanci.com (E.T.:13.04.2020).

¹¹⁰ Zaten 1475 sayılı İş Kanunu döneminde cinsel taciz açıkça haklı neden olarak sayılmamıştı ve yine de haklı nedenle fesih geçerli kabul ediliyordu. Bkz. Y. 9. HD., 10.11.2005, 2005/6471 E., 2005/35643 K., (www.kazanci.com, E.T.:15.06.2020)

¹¹¹ İş Hukuku’nda cinsel taciz ve somut örnekleri ile ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Bakırcı**, Kadriye: İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 2000; **Bilgili**, Abbas: İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz, Karahan Kitabevi, Adana, 2010; **Köseoğlu**, Ali Cengiz: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 241-250; **Arslan Durmuş**, s. 66-68; **Erkanlı Başbüyük**, Betül: “İş Görmekten Kaçınma Sebebi Olarak İşyerinde Cinsel Taciz”, Legal İSGHD, Yıl: 2019, C.16, S.61, (Cinsel Taciz), ss. 127-180, s. 129-144.

yöntem” uygulama bakımından sorunlu bir kanun yapma tekniği olsa da, hukukumuz için m. 25/II-c alt bendinin Kanunda düzenlenmiş olmasının yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Bu sebeple işverene ve ailesine yapılacak cinsel taciz b alt bendi kapsamında zaten haklı neden olarak kabul edilebilirse de, cinsel tacize ilişkin II-c’ye “işverene, onun ailesine ve başka işçilerine cinsel tacizde bulunması” şeklinde genel bir ifadeye yer verilmesi daha düzenli olabilir. Ayrıca hukukumuzda Alman Hukuku’ndaki gibi olağanüstü fesih için “önemli sebep (wichtiger Grund)” şeklinde genel ve soyut bir çerçeve belirlemek yerine haklı nedenler ayrıntılı olarak düzenlendiğinden, bentte sadece cinsel tacize değil TCK’da daha ağır bir suç olarak düzenlenmiş cinsel saldırıya da yer verilebilirdi¹¹². Ama mevcut hükümle, daha hafif bir cezayı gerektiren cinsel taciz suçu haklı neden olarak sayıldığından, hem “şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlar” hem de “cinsel taciz”e ilişkin hüküm uyarınca daha ağır cezanın öngörüldüğü cinsel saldırı evleviyetle haklı neden teşkil edecektir.

“**Cinsel taciz suçu**” Türk Ceza Kanunu’nun 105. maddesinde düzenlenmiştir. Burada cinsel tacizin bir tanımına ve kapsamının ne olacağına açıkça yer verilmemiştir¹¹³. Ancak gerekçede açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Başka ifadeyle bir kişinin, cinsel açıdan ahlaka aykırı olarak vücut bütünlüğü ihlal etmeksizin rahatsız edilmesine cinsel taciz denecektir. Bu doğrultuda eski Ceza Kanunu’ndan da yola çıkarak doktrinde cinsel tacizin söz atma ve sarkıntılık durumlarını kapsadığı belirtilirken, 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla Türk Ceza Kanunu’nda yapılan değişikliklerle birlikte bu görüş değişmiştir¹¹⁴. Zira 102. maddedeki değişikliklerle birlikte “sarkıntılık” bir cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmiştir.

İşk. m. 25’de ve TCK’da cinsel tacizin tanımı yapılmamıştır; ancak 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu¹¹⁵,nun 2/j maddesinde taciz tanımı yapılmış ve onun bir türü olarak cinsel tacize yer verilmiştir. Bu hükme göre “psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere

¹¹² TCK m. 102’de cinsel saldırı suçu kapsamında beş yıldan on yıla kadar ya da iki yıldan beş yıla kadar cezaya mahkûmiyet söz konusu iken, TCK m. 105’deki cinsel taciz suçunun basit hali için altı aydan üç yıla kadar ceza düzenlenmiştir.

¹¹³ Cinsel taciz suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 459-474; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 388-400; **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim, 2019, s. 377-384; **Özen**, s. 451-466; **Yokuş Sevük**, s. 153-163.

¹¹⁴ **Özbek/Doğan/ Bacaksız**, s. 391; **Koca/Üzülmez**, s. 378.

¹¹⁵ R.G. Tarihi: 20/4/2016 R.G. Sayısı: 29690

bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranış” taciz olarak nitelendirilecektir. Ayrıca aynı Kanunda taciz ve dolayısıyla cinsel tacizin bir ayrımcılık türü olduğu belirtilmiştir (m.4/I-g).

TCK m. 102’de ise “**cinsel saldırı suçu**” düzenlenmiştir. Buna göre cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi cinsel saldırıda bulunmuş olacaktır. Ancak “cinsel davranış”ın ne anlama geleceğine madde metninde yer verilmemiştir. Ama TCK m. 102’nin gerekçesinde “*kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar*” ifadesi kullanılmıştır¹¹⁶. Yukarıda belirttiğimiz üzere TCK m. 102’de yapılan değişiklik sonrası, cinsel saldırının düzenlendiği bu madde de “sarkıntılık” ifadesi karşımıza çıkar. Sarkıntılık boyutundaki davranışlar da cinsel saldırı suçu teşkil edecek ancak daha az bir cezaya hükmedilecektir. Böylece yapılan değişikliklerle birlikte “*cinsel taciz suçu kapsamındaki cinsel amaçlı rahatsız edici fiillerin*”, sarkıntılık boyutuna ulaşmayan sınırsız hareketler ve söz atma ile sınırlı olduğu sonucu çıkarılmıştır¹¹⁷.

Cinsel saldırı gibi sarkıntılık ifadesine de İŞK m. 25’de yer verilmiştir. Ama sonuç olarak, TCK kapsamında öngörülen yaptırımlara göre değerlendirildiğinde **sarkıntılık**, cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış ama cinsel tacizden daha ağır bir cinsel davranış olarak nitelendirilebilecektir¹¹⁸. Bu sebeple de Kanunda açıkça yazılmamışsa da sarkıntılık evleviyetle haklı neden teşkil edecektir.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında cinsel taciz ve cinsel saldırı kavramlarının ayrılmasında çeşitli değerlendirmeler yapılmaktadır¹¹⁹; ama “bir davranışın cinsel saldırı mı cinsel taciz mi olduğunun tespiti” iş sözleşme-

¹¹⁶ Cinsel saldırı suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 373-424; **Özbek/Doğan/ Bacaksız**, s. 319-351; **Koca/Üzülmez**, s. 322-350; **Özen**, s. 349-396; **Yokuş Sevük**, s. 77-111).

¹¹⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 391.

¹¹⁸ TCK m. 102/I: “*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir*”.

TCK m. 105/I: “*Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir*”.

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 319-393; **Koca/Üzülmez**, s. 380-381.

sinin feshi bakımından farklılık doğurmayacağından burada yer verilmeyecektir. Bununla birlikte aşağıdaki bir diğer başlıkta ele alacağımız üzere, bir davranışın sataşma olup olmadığının tespiti, somut olaydaki davranışın ağırlığına göre haklı neden değil de geçerli neden sayılmasını sağlayabileceğinden “sarkıntılık-cinsel taciz” ile “sataşmanın” arasındaki fark önemli olacaktır. Ayrıca sataşma ayrı bir alt bend olarak düzenlendiğinden, cinsel taciz hükmü kapsamında değerlendirilebilecek sarkıntılık ile sataşmanın farkına da değinmek gerekir.

İşçinin eyleminin ağır olduğu ve sataşma kapsamında da sayılsa haklı nedene sebep olacağı bir somut olayda, davranışın “sataşma” mı yoksa “cinsel taciz” düzenlemesi uyarınca mı haklı neden teşkil edeceğinin önemli olmayacağı düşünülebilir. Çünkü her ikisi de “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri durumlar” kapsamındadır ve işçi açısından hukuki sonuçları aynı olacaktır. Ama aslında konunun toplumsal açıdan hassasiyeti düşünüldüğünde işçinin c bendindeki cinsel taciz mi yoksa d bendindeki sataşma düzenlemesine göre mi feshedildiği diğer başvuracağı işlere alınması bakımından etkili olabilecektir. Bu sebeple her ne kadar hukuki sonuçlar bakımından fark olmasa da, somut olaydaki davranışların değerlendirilmesi ve bu doğrultuda hangi haklı nedene dayanılabileceğinin tespiti önem arz edecektir¹²⁰.

Son olarak İşK. m 25/II-c bakımından belirtmemiz gereken husus, İş Kanunu m. 24 ve m. 25’de açıkça yer verilmemişse de yargı kararlarında hem işveren hem de işçinin başvurabileceği haklı neden olarak kabul edilen mobbing (psikolojik taciz)dir.

Mobbing ile ilgili İş Kanunu’nda bir düzenleme bulunmamakla birlikte; aynı anlama geldiği kabul edilen ve birbiri yerine kullanılan “psikolojik taciz” kavramına, daha önce de değindiğimiz TBK m. 417’deki işçiyi gözetme borcu kapsamında yer verilmiştir. Bu madde uyarınca işveren, işçilerinin psikolojik tacize uğramamaları ve uğradılarsa da daha fazla zarar görmemeleri için gereken tedbirleri almak zorundadır. Türk Borçlar Kanunu’nun ardından 2011/2 sayılı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi Genelgesi¹²¹” yayımlanmıştır. Burada psikolojik tacizin ne olduğu aydınlatılmaya çalışılmış ve “kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde” ortaya çıktığı ifade edilmiştir.

¹²⁰ Ayrıca bkz. III. A. 4. İşçinin Sataşması ve Sarhoşluğu

¹²¹ R.G. Tarihi: 19.03.2011 R.G. Sayısı: 27879

Ayrıca yukarıda yer verdiğimiz, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu 2/j'deki tacizin tanımında “psikolojik taciz”in bir taciz türü olduğu belirtilmiştir. Burada genel anlamda psikolojik tacizin yanı sıra, aynı Kanununun 2/g maddesinde, kavramın ayrımcılık temelli iş hukuku yansıması olarak ifade edebileceğimiz “işyerinde yıldırma”ya yer verilmiştir. Düzenlemeye göre “*Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıktırmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemler*” işyerinde yıldırma olarak tanımlanmıştır.

Belirttiğimiz düzenlemelerden yola çıkılarak Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararları¹²² ışığında mobbing, “işçinin manevi kişiliğine karşı **işveren, işveren vekili veya diğer işçiler tarafından**¹²³ gerçekleştirilen, süreklilik gösterip sistematik hale gelen, kötü muamele, aşağılama, dışlama vb. biçimde ortaya çıkan, onur kırıcı, küçültücü ve yıldırıcı (bezdirici), genellikle işçinin istifasını sağlama amacını taşıyan bir çeşit psikolojik şiddet” olarak ifade edilebilecektir.¹²⁴

¹²² Y. HGK, 25.1.2017, 2015/9-461 E. , 2017/127 K.; Bursa BAM, 3. HD., 23.05.2019, 2018/4050 E., 2019/1292 K., Antalya, BAM, 9. HD., 28.11.2019, 2019/1778 E., 2019/2009 K., (www.kazanci.com, E.T.:10.09.2020).

¹²³ Burada mobbing işverenin haklı nedenle feshedebilmesi bakımından incelenmektedir. Mobbing ayrıca işçi açısından da haklı neden teşkil edecektir. Bkz. III. B. 2. İşverenin Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışları ya da Cinsel Tacizde Bulunması ve III. B. 4. İçinin Diğer İşçi veya Üçüncü Kişilerce Cinsel Tacize Uğraması.

¹²⁴ **Süzek**, s. 389; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 186; **Savaş Kutsal**, F. Burcu: “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Toprak İşveren Dergisi, Yıl: 2015 S.105, Mart 2015, (Makale Formatu), ss. 1-14, (www.toprakisveren.org.tr/140-isyerinde-Psikolojik-Taciz-MOBBiNG.Makale, E.T.: 11.09.2020), s. 3. Mobbing (psikolojik taciz) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; **Güzel**, Ali/**Ertan**, Emre: “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İSGHD, Yıl: 2007, C.4, S.14, ss. 509-549; **Bayram**, Fuat: “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Legal İSGHD, Yıl: 2007, C. 4, S.14, ss. 551-574; **Güzel**, Ali/**Ertan**, Emre: “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, S.16, (İnceleme), ss. 149-170; **Güzel**, Ali: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Kamu-İş, Ankara, Ekim 2012, ss. 133-284, s. 270-275; **Keser**, ss. 329-343; **Büyükkılıç**, Gül: “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, Yıl: 2012, C.9, S.33, ss. 89-160 **Ünal**, Canan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, Yıl: 2013, C.10, S.37, ss. 33-73, **Limuncuoğlu**, Alp: “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)”, Polat SOYER’e Armağan, DEÜHFD, Yıl: 2013, C.15, Özel Sayı, 2014, ss. 547-571, **Taşkın**, Ahmet: “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/1, ss. 221-258, **Hüseyinli**, Namık/**Aslan Atabay**, Hatice:

Mobbing, uygulamada çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. İşçinin yüksek sesle azarlanması, dışlanarak yokmuş gibi davranılması, özel kutlama ve sosyal etkinliklere kasıtlı olarak davet edilmemesi, dış görünüşüyle alay edilmesi, sözünün kesilmesi, işçi hakkında asılsız söylentiler çıkarılması, sürekli eleştirerek iş yaptırılması, işçiye yetenek veya uzmanlık alanına girmeyen işler verilmesi, işçinin kendini göstermesinin engellenmesi, fikirlerinin asla dikkate alınmaması, işçiye hak ettiği yetkilerin verilmesinden kaçınılması, ağır ya da niteliksiz işler verilmesi, fiziksel şiddet tehdidinde bulunulması, anlamsız işler verilerek sürekli işçinin çalışma yerinin değiştirilmesi örnek olarak verilebilir¹²⁵.

Hem tanımdan hem de verdiğimiz örneklerden anlaşıldığı ve Yargıtay'ın da açıkça ifade ettiği üzere mobbingde, hedef alınan kişinin şerefine, kişiliğine, karakterine, inancına, değerlerine, yeteneklerine, tecrübelerine, birikimlerine, düşüncelerine, etnik kökenine, yaşam biçimine, kültür ve benzeri yönlerine bir saldırı söz konusu olacaktır ve saldırı, “dedikodu ve söylenti çıkarma, iftira atma, toplum önünde küçük düşürme, hafife alma, karalama, kötüleme ve yok sayma” gibi kişiyi zihinsel, ruhsal, fiziksel ve bedensel olarak etkileyebilecek eylemlerle yapılabilmektedir¹²⁶. Ancak bu eylemler “süreklilik göstermeyen”, “ara sıra münferit olarak meydana gelmiş” kaba, nezaketsiz veya etik dışı bir davranış mobbing olarak nitelendirilemeyecektir¹²⁷.

Doktrinde bir işçinin başka bir işçiye karşı mobbing uygulamasının haklı neden teşkil ettiği genel olarak kabul edilmişse de¹²⁸ hangi hüküm

“Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, C.8, S.2, ss. 603-636; **Baycık**, Gaye: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018, ss. 7-355, s. 252-278.

¹²⁵ **Süzek**, ss. 389-390; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 186; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 127-128. Bkz. Y. HGK, 25.09.2013, 2012/9-1925 E. , 2013/1407 K., Y. HGK, 16.1.2020, 2019/9-571 E., 2020/23 K., (www.kazanci.com, E.T.:10.09.2020). Ayrıca bkz. **Doğan Yenisey**, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 7-145, s. 89-92; **Keser**, s. 340-34.

¹²⁶ Y. 22. HD. 26.6.2014, 2014/15971 E., 2014/19538 K.; Y. 22. HD. 31.5.2016, 2015/11958 E. , 2016/15623 K., (www.kazanci.com, E.T.: 21.09.2020)

¹²⁷ Antalya, BAM, 9. HD., 28.11.2019, 2019/1778 E., 2019/2009 K., (www.kazanci.com, E.T.:10.09.2020).

¹²⁸ İşçinin işverenin bir başka işçisine mobbing uygulamasının işverene haklı nedenle fesih imkânı vermeyeceği, bunun ne m. 25/II-c ne de m. 25/II-d kapsamına girdiği; bu durumda işverenin geçerli nedenle feshe (iş güvencesi kapsamında olmayan bir işçiye

kapsamında değerlendirileceği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Her ne kadar “taciz” ortak noktası sebebiyle İşK. m. 25/II-c’ye dayandırmak gerekeceği düşünülebilirse de, doktrinde İşK. m. 25/II-c veya İşK. m. 25/II-b¹²⁹ (şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlar) ya da İşK m. 25/II-d (sataşma) hükmüne dayandırılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Kanaatimizce somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Mobbing teşkil edecek davranışlar cinsel bir nitelik taşıyorsa II-c, cinsel nitelik taşıyorsa II-b ya da II-d¹³⁰ kapsamında kabul edilebilecektir. Sonuçta hepsi m. 25/II kapsamında olacağından, hukuki sonuçlar bakımından bir farklılık doğurmayacaktır. Ancak sataşma mı yoksa cinsel taciz hükmüne mi dayandırılacağına tespitinde de belirttiğimiz gibi; psikolojik taciz söz konusuysa bunun “cinsel taciz hükmü (İşK m. 25/II-c) mü yoksa diğerleri (İşK m. 25/II-b ya da d) kapsamında mı kabul edileceğinin tespiti” toplum yapımız ve konunun hassasiyeti sebebiyle önem arz edecektir.

Tüm bu incelemeler sonunda İşK. m. 25/II-c kapsamındaki davranışların çok çeşitli suçlara karşılık gelebileceğini söylemek mümkündür. İlk olarak yukarıda ele aldığımız cinsel taciz ve saldırı suçları söz konusu olacaktır. Bunun yanı sıra çalışanın çocuk işçi olması durumunda “çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) suçu” da gündeme gelecektir¹³¹.

Mobbing (Psikolojik Taciz) aşağıda inceleyeceğimiz sataşma gibi açıkça suç olarak düzenlenmemiştir. Ama yukarıda yer verdiğimiz üzere mobbing, işyerinde bir çalışana yöneltilen, işveren veya diğer işçiler tarafından sistematik şekilde tekrarlanan, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca davranışlarla ortaya çıkan psikolojik bir saldırı biçimi olduğundan; mobbingi oluşturan tutum ve davranışlar TCK’da yer alan bazı suçlara karşılık gelebilecektir¹³². İncelediğimiz tanım ve örneklere bakıldı-

sürelî feshe) başvurabileceği aksi görüşü için bkz. **Şen**, Sabahattin: “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 2009, C.23, S.5, ss. 46-68, s. 60, 62.

¹²⁹ **Büyükkılıç**, Gül: “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, Yıl: 2012, C.9, S.33, ss. 89-160, s. 137-138.

¹³⁰ **Bozbel**, Savaş/**Palaz**, Serap: “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları” TİSK Akademi, Yıl: 2007/I, C.2, S.3, 2007 /I, ss. 66-81, s. 76.

¹³¹ Cinsel suçlar ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslantürk**, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2017.

¹³² **Taşkın**, s. 237. Bu durumu mobbinge mücadele bakımından uygun bulmayıp, mobbingin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmesinin gerektiği görüşü için bkz. **Taşkın**, s. 221. Mevcut Türk Ceza Kanunu hükümlerinin yeterli olduğu, mobbingin bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerekmediği görüşü için bkz. **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Parlak**, Benay: “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, TBB Dergisi, S.88, 2010, ss. 261-286, s. 286.

ğında mobbingin söz konusu olduğu durumlarda somut olaya göre yaralama (TCK, m. 86), cinsel saldırı (TCK m. 102), cinsel taciz (TCK m. 105), hakaret (TCK m. 125) gibi suçların oluşabilmesi mümkündür¹³³. Ayrıca mobbing süreci içerisinde izlenen amaca ulaşmak için, mağdurun hukuka aykırı belirli bir davranışa zorlanması durumunda “cebir kullanma (TCK m. 108¹³⁴)” suçu oluşabilecektir. Yine mobbing kapsamında gerçekleştirilen birçok eylemin “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu” TCK m. 123¹³⁵ de geçen “**ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması**” içerisine sokulabileceği belirtilmiştir¹³⁶.

Ayrıca mobbing haklı nedeni kapsamında özel olarak ele almamız gereken suç ise eziyet suçu (TCK m. 96) dur. Çünkü eziyet kavramı, mobbing davranışı ile büyük benzerlikler taşımaktadır ve asıl önemlisi, mobbingi oluşturan eylemlerden biri değil mobbingin bütünüdür bir suç teşkil edecek olmasıdır.

TCK m. 96’da bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişinin iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası alacağı düzenlenmiştir. Ayrıca eziyet suçunun “çocuğa”, “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye”, “gebe kadına”, “üstsoy veya altsoya”, “babalık veya analığa” ya da “eşe” karşı işlenmesi ise nitelikli hal olarak düzenlenip, bu durumlarda cezanın arttırılacağı öngörülmüştür.

Eziyet belirsiz bir kavramdır. TCK m. 96’da ne anlama geldiğine yer verilmemiştir; ancak madde gerekçesinde kavram açıklanmaya çalışılmıştır: *“Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin*

¹³³ Ayrıca bkz. **Erdem/Parlak**, s. 272-280, **Taşkın**, s. 236-249.

¹³⁴ TCK m. 108: *“Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar arttırılarak hükümlenir”*.

¹³⁵ TCK m. 123: *“Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”*.

¹³⁶ **Erdem/Parlak**, s. 278.

bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir"¹³⁷.

Görüldüğü üzere eziyet ve mobbing kavramları birbiriyle örtüşmekte; adeta mobbing, eziyet suçunun bir alt kümesini oluşturmaktadır. İkisinde de davranışlar sistematik şekilde gerçekleştirilmeli, tek seferlik olmamalı ve bunlar psikolojik tahribe yol açmalıdır. Mobbing teşkil eden eylemler bir bütün olarak eziyet suçunu oluşturmaktadır ve bu sebeple mobbing açıkça suç olarak düzenlenmemişse de eziyet suçu kapsamında cezalandırılabilir. Böylece mobbing oluşturan davranışlar kendi içinde cezalandırılmasının ötesinde kişinin taşıdığı mobbing amacı da bir yaptırımla karşılaşabilecektir. Yargıtay da bu görüş doğrultusunda bir karar vermiştir¹³⁸.

4. İşçinin Sataşması ve Sarhoşluğu

İşK. m. 25/II-d alt bendine göre *işçinin işverene, işverenin aile üyelerinden birine ya da işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması* durumunda işveren haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecektir. Madde metninde yer alan sataşma ifadesi, ne İş Kanunu'nda ne de başka Kanunlarda açıklanmıştır. Bu kavramın kapsamının ne olduğu Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler doğrultusunda tespit edilebilmektedir.

Sataşmanın sözlükte iki anlamı bulunur. İlk anlamı "bir kimseyi rahatsız edecek davranışta bulunmak, musallat olmak" ikinci anlamı da "sarkıntılık etmek"tir. Sarkıntılık ise "genellikle kadınlara sataşma, laf atma, rahatsız etme, huzur bozma, tasallut" demektir¹³⁹. Sözlük anlamlarına bakıldığında sarkıntılık ve sataşma kavramlarının birbiri içine geçebileceği söylenebilir. Ama günlük yaşamda bile bu kavramların yanlışlıkla birbiri yerine kullanılması toplumun ahlak anlayışı sebebiyle problem çıkarabilecekken, işçinin hangi haklı nedenle sözleşmesinin sona erdirilebileceğindeki hatalı tespitin işçinin gelecekteki işe alımlarında sorun yaratmayacağını söylemek kanaatimizce mümkün olmaz.

¹³⁷ Eziyet suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 303-320.

¹³⁸ "...*samığın, söz konusu kişiye tecrübesine ve iş yerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev vermeyerek sırf sıkıntı vermek, onu rencide ve pasifize etmek kastıyla binanın bodrum katında şoförlerin kullandığı, telefon ve bilgisayar gibi gereçlerin bulunmadığı odada mesai yaptırmaya zorlamak suretiyle, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, değersizleştirme, yıldırma ve işten uzaklaştırmayı amaçlayan 'psikolojik saldırıya konu eylemleri'nin işleniş biçimleri ve sonuçlarına göre eziyet boyutuna vardığını bu sebeple yüklenen eylemlerin bir bütün halinde 5237 Sayılı TCK'nun 96/1. maddesinde düzenlenen 'eziyet' suçunu oluşturduğu...*", Y.8.CD., 1.3.2018, 2018/203 E., 2018/2245 K., (www.kazanci.com, E.T.: 21.09.2020).

¹³⁹ **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, www.tdk.gov.tr, (E.T.: 31.03.2020)

Doktrinde cinsel nitelikli davranışların bazı hallerde cinsel taciz bazı hallerde sataşma düzenlemesi uyarınca haklı nedenle feshedileceğinin kabulünün yerinde olacağı belirtilmiştir. Bu görüş, şehvet amacıyla vücuda temas varsa “sarkıntılık”ın söz konusu olduğunun (cinsel saldırı) ve bunun **sataşma** d alt bendi kapsamında değerlendirilmesinin; fiziksel temasın olmadığı ve cinsel anlam içeren sözlerin kullanıldığı ya da davranışlarda bulunduğu durumların ise **cinsel taciz** hükmü kapsamında kabul edilmesinin daha yerinde olacağını söylemektedir. Ayrıca Yargıtay’ın emsal içtihatlarında geçen fesih bildirimindeki “sebeple bağlılık ilkesi” gereğince, feshin hangi nedenle yapıldığının açıkça ortaya konulmasının önem arz ettiği vurgulanmıştır¹⁴⁰. Fesih nedeninin açıkça ortaya konması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Çünkü cinsel taciz düzenlemesini irdelerken belirttiğimiz üzere¹⁴¹ kavramların nitelendirilmesi ve hangi haklı neden kapsamına gireceğinin tespiti uygulama açısından önemlidir. Bunlar teorik tartışmadan ibaret olarak görülmemelidir. Ama bununla birlikte, cinsel tacizin özel olarak düzenlendiğini de göz önünde bulundurduğumuzda, ceza hukuku bakımından daha ağır bir kavram olan “sarkıntılık” olarak nitelendirilebilecek cinsel bir davranışın, toplum yapımız sebebiyle cinsel taciz düzenlemesi kapsamında bir haklı neden kabul edilmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Sataşmanın sözle ya da davranış şeklinde gerçekleşebileceği¹⁴² ve hayat, sağlık, namus gibi kişinin maddi veya manevi bütünlüğünü hedef alabileceği belirtilir¹⁴³. Örneğin, bir işçinin aynı işyerindeki diğer iki işçiyle birlikte duygusal ilişki yaşayıp, bu ortaya çıktıktan sonra duygusal ilişki yaşadığı işçiler hakkında konuşması ve bu konuşmaların yayılması olayında, işverenin İşK. m. 25/II-d kapsamında işçinin iş sözleşmesini feshetmesi hukuka uygun bulunmuştur¹⁴⁴. İşçinin somut olaydaki bu davranışının toplumsal ve etik yönden onaylanamayacağı kabul edilmiştir¹⁴⁵. Yargıtay kararlarında çeşitli şekillerde “sataşma” açıklanmaya çalışılmıştır. 9. Hukuk Dairesi, “sataşma”nın tehdit ve hakaret içeren sözler söyleme, etkili eylemde

¹⁴⁰ **Öktem Songu**, Sataşma, s. 118.

¹⁴¹ Bkz. III. A. 3. İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

¹⁴² **Süzek**, s. 670, **Demir**, s. 409, **Senyen Kaplan**, İş Hukuku, s. 284, **Ergin**, ss. 71-87, s. 75, **Öktem Songu**, Sataşma, s. 120.

¹⁴³ **Senyen Kaplan**, 284, **Öktem Songu**, Sataşma, ss. 114-115.

¹⁴⁴ Y. 7. HD.,18.02.2014, 2013/25515 E., 2014/4086 K., [Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/1, S.44, (www.calismatoplum.org, E.T.:15.09.2020)].

¹⁴⁵ **Engin**, Murat: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 131-193, s. 159.

(darp) bulunma¹⁴⁶ gibi davranışlar olarak ortaya çıkacağını belirtmektedir¹⁴⁷. 22. Hukuk Dairesi ise “yasaya göre ‘sataşma’nın, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edildiği ve söz veya fiili tecavüz anlamına gelen bir hareket olduğu”na hükmetmiştir¹⁴⁸.

22. Hukuk Dairesi’nin bir kararının¹⁴⁹ karşı oy yazısında ise, “sataşmanın bir kimseyi rahatsız edecek davranışlarda bulunmak veya bir kimseye musallat olmak anlamına geleceği”, “bir kimsenin diğer bir kimseyi belli bir şekilde söz söylemeye veya belli şekilde davranmaya zorlayacak şekilde söz, tutum, davranış veya fiille rahatsız etmesinin sataşma olarak değerlendirileceği” ve “sataşma kavramının içinde bir başkasına yönelik maddi veya manevi bir haksızlık söz konusu olduğu bu sebeple sataşılan kimsenin haksızlığa uğradığı” hususlarına yer verilmiştir.

Sataşma nitelendirmesinin nasıl yapılacağıın anlaşılması önemlidir. Çünkü bunun sonucuna göre somut olayda haklı mı yoksa geçerli neden mi olduğuna kararı verilir. Örneğin, sataşma niteliğinde değilse, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girişmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek haklı değil geçerli neden sayılacaktır¹⁵⁰. Dahası Yargıtay’ın, somut olaydaki işçinin davranışını sataşma olarak nitelendirip işyeri düzenini etkilediğini kabul etmesine rağmen, feshin haklı değil geçerli nedenle yapıldığı yönünde karar verdiği de olmuştur¹⁵¹.

İş sözleşmesinin tarafı işçi olduğundan, madde uyarınca feshe sebep olan işçinin sataşması veya sarhoşluğudur; ama doktrinde işçinin yakını tarafından gerçekleştirilen sataşmanın da somut olayın özelliğine göre bu alt bend kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir¹⁵². Doktrinde işçinin

¹⁴⁶ Bir işçinin başka bir işçiye yumruk atması İşK m. 25/II-d bendi kapsamında haklı neden olarak kabul edilmiştir, Y. 22. HD.24.01.2013, 2012/10688 E., 2013/743 K. (www.kazanci.com, E.T.: 15.09.2020) .

¹⁴⁷ Y. 9. HD., 7.4.2016, 2014/36381 E., 2016/8731 K. (www.kazanci.com, E.T.: 25.06.2020).

¹⁴⁸ Y. 22. HD., 17.1.2012, 2011/5013 E., 2012/122 K.; Y. 22. HD., 24.3.2015, 2015/7794 E., 2015/11301 K., (www.kazanci.com, E.T.: 25.06.2020).

¹⁴⁹ Y. 22. HD., 21.1.2014, 2013/2242 E., 2014/523 K. (www.kararara.com, E.T.: 28.09.2020).

¹⁵⁰ Y. 9. HD., 7.4.2016, 2014/36381 E., 2016/8731 K., (www.kazanci.com, E.T.: 25.06.2020).

¹⁵¹ “...cinsel taciz boyutuna ulaşmamakla birlikte sataşma niteliğinde olup olayın işyerine yansdığı ve iş akışının bozulduğu sabit olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir nedenin bulunduğu kabulü gerekmektedir...”, Y. 7. HD., 10.3.2016, 2015/43589 E., 2016/6048 K., (www.kazanci.com, E.T.: 25.06.2020).

¹⁵² **Süzek**, s. 672; **Savaş**, s. 85; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 131; **Arslan Durmuş**, s. 80.

bir yakınının eyleminin işçi tarafından desteklendiği takdirde işverene haklı nedenle fesih yetkisi verebileceği kabul edilmiştir¹⁵³. Aslında işçi yakınlarının eylemlerini kapsama alacak şekilde geniş bir yorum, “işçi lehine yorum ilkesi”ne aykırılık teşkil eder. Ayrıca işçinin kendisinin gerçekleştirmedeği bir eylem yüzünden işini kaybetmesi ve bu yüzden kıdem tazminatı ile işsizlik ödeneğinden mahrum kalacak olması ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Bu sebeple işçinin yakınlarının eyleminin geçerli neden olarak değerlendirmenin daha uygun olabileceği düşüncesindeyiz. Ancak genel bir kabul mümkün değildir. İşçinin yakınının sataşmasının haklı neden mi geçerli neden mi olduğuna ilişkin tespiti her somut olayda tekrar ele almak gerekir¹⁵⁴. Önemli sonuçları olan haklı nedene, işçinin kendi iradesi dışında bir fiilin sebep olacağı kabul edilemez; ancak yakınının davranışına bizzat işçi sebep olduysa, onu kıskırtmış ya da azmettirmişse haklı nedenle fesih gündeme gelebilir¹⁵⁵.

Sataşılacak kişi bakımından ise aile üyelerinin ne ifade ettiğini değerlendirecek, doktrinde bu tabirin işverenin eşi ve çocukları, kendisiyle birlikte otursun veya oturmasın yakın akrabalarını kapsadığı belirtilir. Aile üyeleri kapsamını çok dar tutmak uygun görülmediği gibi çok geniş tutmak da uygun değildir. Katıldığımız görüşe göre hısımlığın derecesi değil, kişiler arasında ciddi ve kuvvetli bağ olup olmadığını değerlendirmek yerinde olacaktır¹⁵⁶.

İşçinin sataşması bakımından irdelenmesi gereken bir diğer husus ise, bu sataşmanın iş süreleri ile sınırlı olup olmayacağıdır. Kanunda sataşmanın yeri ve zamanına ilişkin herhangi bir açıklama yoktur. Bu sebeple doktrinde de kabul edildiği üzere somut olayın özelliğine göre iş süresi ve işyeri dışındaki sataşmalar da haklı neden teşkil edebilir¹⁵⁷. Çalışma saatleri ve

¹⁵³ **Savaş**, s. 85; **Odaman**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 130.

¹⁵⁴ Örneğin, Yargıtay’ın bir kararında “davacının polis memuru olan kocasının Bankaya gelerek ...’ı personelin önünde dövüp küfür ettiği, olayın bu şekilde meydana gelmesinde davacının rolü ve etkisi bulunduğu”nu belirterek, her ne kadar sataşmayı işçinin eşi yapmış olsa da onu azmettiren kendisi olduğundan bu olay bakımından haklı neden nitelendirmesinin yerinde olduğu kabul etmiş, [Y. HGK., 19.10.1983, 1981/9-618 E., 1983/981K., (E.T.:04.04.2020, www.kazanci.com)]; işçinin eşinin işveren vekiline küfür etmek suretiyle sataştığı bir başka davada ise feshin geçerli olacağı ama haklı neden teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır, [Y. 9. HD, 13.10.1998, 1998/11465E., 1998/14315K., (E.T.:04.04.2020, www.kazanci.com)].

¹⁵⁵ **Odaman**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 130; **Arslan Durmuş**, s. 80.

¹⁵⁶ **Öktem Songu**, Sataşma, s. 124, 142. Bu doğrultuda işverenin üye olduğu bir siyasi partiye veya sendikaya ya da müşterisine sataşma bu bent kapsamında değerlendirilmemelidir, (**Arslan Durmuş**, s. 77).

¹⁵⁷ **Eyrenci/Taşkent/ Ulucan**, s. 251; **Süzek**, s. 672; **Ergin**, ss. 76, 86; **Öktem Songu**, Sataşma, ss. 123, 142.

işyeri dışındaki sataşmalarda, söz veya davranışın işyerinin düzeni bakımından olumsuz bir sonuç doğurup doğurmadığına göre haklı neden teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesi uygun görülmüştür¹⁵⁸. Bu bakımdan doktrinde işverene ve aile üyelerine yapılan sataşma ile işverenin işçisine yapılan sataşmanın aynı şekilde değerlendirilmemesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Örneğin, işyeri dışında bir sataşma varsa ve eğer bu işverene ya da ailesine karşı ise haklı neden teşkil edeceği kuşkusuzdur; ancak, eylem işverenin bir diğer işçisine karşı ise bunun doğrudan haklı neden olarak değerlendirilmesi uygun değildir. İşyeri dışında, işçinin işverenin bir başka işçisine sataşması işyerine ilişkinse ya da işyerine ilişkin olmasa da, bu durum işyeri ve çalışma düzenini kötü etkileyecekse davranış haklı neden olarak kabul edilmelidir¹⁵⁹. Sonuç olarak farklı işyerlerinde çalışan işçilerin işyeri dışında işle ilgili olmayan ve çalışma düzenini aksatmayacak sataşmaları tamamen kişilerin özel hayatına dair olacağından, bunların haklı neden kabul edilmesi uygun görülmemiştir¹⁶⁰. İşyeri dışında olduğu gibi işyerinde işveren ve ailesine karşı olan sataşmaların da haklı neden teşkil edeceği şüphesizdir; ancak, işçinin bir başka işçiye karşı işyerinde sataşmasını doğrudan haklı neden saymanın mümkün olup olmadığı sorusunu yanıtlamak gerekir. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre işyerinde gerçekleşen sataşma işyeri düzenine etkisine bakılmaksızın mutlak şekilde haklı neden olarak kabul edilmelidir. Fakat mutlak haklı neden olması işverenin feshe başvurma zorunluluğunu getirmeyecektir¹⁶¹. Ancak bir başka görüşe göre işverenin işçiyi gözetme borcu olduğundan sataşan işçinin iş sözleşmesini feshetmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶².

Önemli olan bir başka durum ise, sataşmaya sebebiyet veren kişi, buna maruz kalan işveren, işverenin ailesi ya da bir başka işçisiyse, sataşmanın haklı neden olarak değerlendirilemeyeceğinin doktrinde kabul edilmesidir¹⁶³. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi de bu yönde karar vermiştir¹⁶⁴. Yargıtay'ın bir karşı oy yazısında da kişinin onur, şeref ve haysiyetine, kişilik haklarına,

¹⁵⁸ Süzek, s. 672; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 239; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 251; Ergin, s. 76; Öktem Songu, Sataşma, s. 123,142, Arslan Durmuş, s. 77.

¹⁵⁹ Tunçomağ/Centel, s. 225; Demir, s. 409-410; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 284; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 239.

¹⁶⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 239; Öktem Songu, Sataşma, s. 130.

¹⁶¹ İşverenin işçisine karşı işlenen bir suç varsa bildirme yükümlülüğü doğacağından haklı nedenle fesih adeta bir zorunluluk haline gelecektir bkz. II. B. İşverenin Suçu Bildirme Yükümlülüğü.

¹⁶² Atabek, Reşat: İş Akdinin Feshi, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1938, s. 138.

¹⁶³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 239; Öktem Songu, Sataşma, s. 139.

¹⁶⁴ İzmir, BAM, 3. HD., 20.11.2018, 2018/632 E., 2018/1683K., (www.kazanci.com, E.T.: 14.09.2020).

fiziksel bütünlüğüne veya değerlerine yönelik bir saldırı karşısında sessiz kalınmasını beklemenin hukuka aykırılık olacağı belirtilmiştir¹⁶⁵. Fakat işçinin karşılık olarak gerçekleştirdiği sataşma, tahriki aşan ölçüdeyse, sataşmanın iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir¹⁶⁶.

Sataşma, ceza hukukumuzda kullanılan bir terim değildir. Borçlar hukukumuzda da sataşma terimine rastlanmaz. Bu sebeple sataşma yerine “kişilik haklarına saldırı teşkil eden her türlü söz ve davranış” ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı düşünülür¹⁶⁷. Sataşma kavramı, tek başına TCK’da bir suç olarak düzenlenmemiştir; ama buna rağmen bu haklı nedeni de çalışmamız kapsamında incelemekteyiz. Çünkü sataşma suçu bulunmasa da, sataşma olayını meydana getirecek söz ve davranışlar kendi başlarına çeşitli suçlara karşılık gelebilecek niteliktedir. Yukarıda sataşmanın ne anlama gelebileceğiyle ilgili açıklamalarımız doğrultusunda, ceza hukuku bakımından TCK m. 106’daki tehdit, TCK m. 107’deki şantaj, TCK m. 108’deki cebir, TCK m. 125’deki hakaret¹⁶⁸ ve özellikle de TCK m. 86 ve devamındaki yaralama suçlarının işçinin sataşmasında ortaya çıkabileceğini söyleyebiliriz.

İşK. m. 25/II-d alt bendinde belirtilen diğer haklı neden ise alkol ve uyuşturucu madde kullanımudur. Bu haklı nedenin gerçekleşmesi için işçinin alkolik ya da uyuşturucu bağımlısı olması gerekmez. Kanunda belirtilen koşulların bulunması fesih için yeterlidir¹⁶⁹.

Alkol, işyerinde kullanmadığı, işçi işyerine sarhoş gelmediği ve işini normal şekilde yürütmesine engel olmadığı sürece fesih nedeni olarak değerlendirilemeyecektir¹⁷⁰. Ancak Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere işçinin

¹⁶⁵ Y. 22. HD., 21.1.2014, 2013/2242 E., 2014/523 K., (www.kararara.com E.T.: 25.06.2020).

¹⁶⁶ **Öktem Songu**, Sataşma, s. 139.142. Bkz. “Diğer taraftan feshe konu olayda tahrik unsuru bulunsa bile davacının sözlü bir sataşmadan ibaret olan olayda abartılı ve orantısız bir tepki gösterdiği, hedef dahi gözetmeden bıçakla yaralama olayını gerçekleştirdiği açıktır...”, Bkz. Y. HGK., 04.04.2018, 2015/3165 E., 2018/676 K., www.emsal.co, (E.T.:14.04.2020).

¹⁶⁷ **Ergin**, ss. 75, 85, **Öktem Songu**, Sataşma, s. 115.

¹⁶⁸ Ayrıca bkz. III. A. 2. İşçinin Şeref ve Namusuna Dokunacak Söz ve Davranışları

¹⁶⁹ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 251; **Süzek**, s. 673.

¹⁷⁰ **Tunçomağ/Centel**, s. 225; **Süzek**, s. 673; **Güzel**, s.259-260; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 239; **Narmanlıoğlu**, s. 444; **Odaman**, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 131; **Caniklioğlu**, Nurşen: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2019, ss. 185-368, s. 320-321, **Savaş**, s. 93. Bkz. Y. HGK., 9.6.2004, 2004/9-352 E., 2004/352 K., Y. 22. HD., 20.11.2017, 2015/19348 E., 2017/25150 K. (www.kazanci.com, E.T.:16.06.2020).

alkolü işyerinde alması durumunda alkolün miktarı ve işçi üzerindeki etkisi ne olursa olsun işverene haklı nedenle fesih imkânı verecektir¹⁷¹.

Bu alt bent kapsamında işyerini, İşK. m. 2/II'deki tanıma göre değerlendirmek gerekir¹⁷². Bu doğrultuda “işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen tüm yerler (işyerine bağlı yerler) in yanı sıra dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve meslekî eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar” bakımından da m. 25/II-d alt bendi esas alınacaktır. Ancak işçi gazinosu ya da lokali gibi işyeri eklentisi sayılan yerlerde işverence içki içilmesine izin verilmişse, o zaman haklı neden söz konusu olmayacaktır¹⁷³. İşinin gereği alkollü içki içmek zorunda kalan işçilerde de kuşkusuz bu durum iş sözleşmesinin feshi bakımından haklı neden kapsamında değerlendirilmemektedir (İşSGK m. 28/III).

Alkol kullanılması esas olarak ceza hukuku anlamında bir suç teşkil etmez. Ancak bu işçinin nerede çalıştığına göre değişebilir. Örneğin, işçinin görevi, “kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kullanmak” ise, burada TCK m. 179'daki “trafik güvenliğini tehlikeye sokma” suçu oluşabilecektir. Çünkü TCK m. 179/III uyarınca alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle emniyetli bir şekilde araç kullanamayacak halde olmasına rağmen bunu kullanan kişi üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ya da işçi bir infaz kurumunda veya tutukevinde çalışıyorsa ve çalıştığı yerde alkol tüketirse, TCK m. 297 “İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak” suçundan yargılanacaktır.

Uyuşturucu bakımından ise madde metninden anlaşıldığı üzere sadece kullanılmış olması fesih için yeterlidir. İster işyerinde ister işyeri dışında

Ancak manevi amaçlı işletme (Tendenzbetrieb) kavramından yola çıkılarak alkol kullanıldığına ilişkin işvereni yanılması durumunda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi ya da somut olaya göre aynı mantıkla alkol kullanımını sebebiyle geçerli nedenle feshi başvurulabilmesi mümkün olup olmayacağı tartışılabilir. Manevi amaçlı işletme kavramı için bkz. IV. A. 1. İşçinin İşvereni Yanılması

¹⁷¹ **Süzek**, s. 673; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 239; **Narmanhoğlu**, s. 445; **Arslan Durmuş**, s. 82.

¹⁷² İşçinin görevine göre işyeri kavramı çok geniş bir nitelik kazanabilmektedir. Bu doğrultuda Yargıtay'ın, müşterinin işyerinde tüketilen alkole dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshini hukuka uygun bulduğu kararı için bkz. Y. 22. HD., 20.12.2017, 2017/44370 E., 2017/30242 K., (www.kazanci.com, E.T.:17.09.2020). Karara konu somut olayda müşterinin işyerinde alkol tüketiminin haklı değil geçerli neden sayılmasının uygun olacağı görüşü için bkz. **Caniklioğlu**, s. 323.

¹⁷³ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İşSGK – R.G. Tarih: 30.6.2012 R.G. Sayı : 28339) m. 28/II: “İşveren; işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine sahiptir”.

kullanılsın, eğer işçinin uyuşturucu madde kullandığı tespit ediliyorsa, kendisinde herhangi bir sarhoşluk etkisi yaratmasa dahi işveren haklı nedenle sözleşmeyi derhal feshedebilecektir¹⁷⁴. Ayrıca maddede belirtilmemişse de bulundurmanın da haklı nedenle fesih hakkı sağlayacağı kabul edilmiştir¹⁷⁵. Zaten uyuşturucu bulundurma m. 25 II-e (işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları) veya II-f (işçinin iş yerinde suç işlemesi) kapsamında da haklı neden olarak kabul edilebilecektir.

Uyuşturucu kullanma ve kullanma için bulundurma doğrudan TCK m. 191’de suç olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, işçinin nerede çalıştığına göre, alkol kullanımında ele alınan TCK m. 179’daki “trafik güvenliğini tehlikeye sokma” ve TCK m. 297’deki “İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak” suçları uyuşturucu bakımından da gündeme gelebilecektir.

Ancak tekrar tekrar belirttiğimiz üzere davranışlar suç teşkil edebilirlerse de, haklı neden sayılmaları için bu zorunlu değildir ve ortada suç olsa da ceza mahkûmiyeti kararı aranmayacaktır¹⁷⁶.

5. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışları

İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması durumunda İşK. m. 25/II-e alt bendi uyarınca işverenin haklı nedenle fesih hakkı olacaktır. Burada “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar”ın haklı nedenle feshetilecek olanak sağlayacağı belirtilmiş ancak soyut kavramın tanımı yapılmayıp örnekseyici sayım yolu seçilmiştir.

Doğruluk ve bağlılığa uygun davranışları, işçinin sadakat borcunun gereği olan davranışlar şeklinde nitelendirmek mümkündür¹⁷⁷. Ayrıca bu davranışların doğruluğa ve bağlılığa aykırılık teşkil etmesi yeterlidir. Haklı nedenle fesih için bu davranış sebebiyle işverenin az ya da çok bir zarar görmesi veya işçinin maddi bir menfaat elde etmesi şartı aranmamaktadır¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 239.

¹⁷⁵ Odaman, Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri, s. 133; Arslan Durmuş, s. 83.

¹⁷⁶ Tunçomağ/Centel, s. 225; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 239, Ergin, s. 75; Öktem Songu, Sataşma, s. 121. Bkz. I. Haklı Nedenle Fesihlerde Ceza Mahkemesi Kararı Gerekliği ve Ceza Yargılamasının İş Mahkemesi Kararlarına Etkisi

¹⁷⁷ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 240-241; Senyen Kaplan, s. 287-286; Arslan Durmuş, s. 86. Bkz. Y. 9. HD. 04.04.2000, 2000/2465 E., 2000/4716 K.; Y. 9. HD., 4.7.2019, 2017/11351 E., 2019/15019 K., (www.kazanci.com, E.T.: 16.06.2020).

¹⁷⁸ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 241; Odaman, Serkan: “İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Kamu-İş, Ankara, Kasım 2013, ss. 131-234, s.

Maddede sayılan örnekler dışında, Yargıtay kararlarında¹⁷⁹ da görüldüğü üzere bu haklı neden kapsamına pek çok davranış girebilir; “bankacılık ilkelerine aykırı şekilde 3. kişiler lehine bankanın riske sokulması”, “işçinin rahatsızlığı olmamasına rağmen rapor alması”, “işyerinden çıkarken yapılan denetimde işçinin üzerinde işyerine ait malzemeler bulunması” “zimmete para geçirilmesi”, “imza taklit edip vizite kâğıdı düzenlenmesi”, “raporluyken bir işçinin, rakip olabilecek bir başka işyerinde çalışması”, “müşteriye ait aracın yağını şirket deposundan değiştirilmesine rağmen bunun iş emrine yazılmaması”, “kaçak elektrik kullanımı”, “teşvik ödülü için işçinin müşteri talebi olmadan satışlar yapması ve daha sonra bunların büyük çoğunluğunun iade edilmesi” vb. durumlar bu bent kapsamında haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir¹⁸⁰.

Örneklerin çeşitliliğinden anlaşılacağı üzere hangi davranışların doğruluk ve bağlılığa aykırılık teşkil edeceğini önceden saymak mümkün değildir¹⁸¹. Burada somut olaya göre bir değerlendirme yapılacak ve davranışın güvenini sarsıcı nitelik taşıyıp taşımadığına bakılacaktır. Güvenin sarsılıp sarsılmadığının tespitinde de işçinin görevi, işyeri ve işyerindeki pozisyonu, iş yaşamının gerekleri, ilgili çalışma alanındaki gelenekler gibi objektif kriterler dikkate alınacaktır¹⁸².

Doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışların çeşitliliği ve İş Kanunu’ndaki örnekseyici sayımı sebebiyle bu davranışların TCK anlamında çok çeşitli suçların kapsamına girmesi mümkündür. Öncelikle maddedeki örnekler, TCK m. 155 - Güveni kötüye kullanma, TCK m. 141 vd.- Hırsızlık, TCK m. 239 - Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçlarına karşılık gelmektedir. Yukarıda yer

168; **Alp**, Değerlendirme, s. 189; **Arslan Durmuş**, s. 86. Bkz. Y. 9. HD. 04.04.2000, 2000/2465 E., 2000/4716 K.; Y. 9. HD. 06.06.2011, 2009/16814 E., 2011/16521 K., (www.kazanci.com, E.T.: 15.09.2020)

¹⁷⁹ Bkz. Y. 22. HD. 11.01.2016, 2014/26120 E. , 2016/185 K.; Y. 9. HD. 08.05.1996, 1995/35973 E., 1996/9834K. ;Y. 9. HD. 09.07.1996, 1996/7565 E., 1996/15521 K.; Y. 7. HD. 28.05.2013, 2013/4847 E. , 2013/9954 K.; Y. 22. HD. 26.01.2017, 2017/504 E., 2017/1051 K.; Y. 9. HD. 07.10.2019, 2017/12515 E., 2019/17417 K. (www.kazanci.com, E.T.:16.06.2020).

¹⁸⁰ **Süzek**, s. 674. Aslında örneklerden bazıları sadece e alt bendi değil f alt bendi kapsamında da iş sözleşmesinin sona ermesine sebep olabilir. Çünkü eğer işçi ceza yargılaması sonucu bir hüküm giydiyse ve maddedeki diğer şartlar da sağlanmışsa, söz konusu durumun İşK. m. 25/II- f alt bendi kapsamında haklı nedenle fesih olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca bkz. III. A. 6. İşçinin İş Yerinde Suç İşlemesi.

¹⁸¹ Bu alt bent kapsamında verdiklerimizden başka örnekler ve Yargıtay kararları için bkz. **Arslan Durmuş**, s. 88-95.

¹⁸² **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 241.

verdiğimiz Yargıtay kararlarına yansımış davranış örnekleri doğrultusunda da zimmet¹⁸³ (Bankacılık Kanunu¹⁸⁴ m. 160), resmi belgede sahtecilik (TCK m. 204), resmi belgeyi bozma (TCK m. 205), resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (TCK m. 206), özel belgede sahtecilik (TCK m. 207), özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek (TCK m. 208), dolandırıcılık (TCK m. 157) gibi suçların oluşmasının söz konusu olabileceği görülmektedir¹⁸⁵.

İşçinin işvereni yaralaması ya da başka bir işçisini öldürmesi de doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar kapsamında haklı neden olarak düşünülebilir. Ama yaralama genelde Yargıtay kararlarında aşağıda inceleyeceğimiz üzere sataşma alt bendi kapsamında karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁶.

Aslında eylem bir suç niteliğindeyse yani işçi bir suç işlediyse, hangi haklı neden kapsamına girebileceğinin önemi olmaksızın f alt bendi¹⁸⁷ uyarınca haklı nedene başvurulabilecektir. Ancak f alt bendini incelerken görüleceği üzere, işçinin suçtan bir mahkûmiyet alana kadar veya mahkûmiyet alındığı ancak kararın henüz kesinleşmediği veya suçun ertelendiği ya da bir şekilde işçinin beraat ettiği¹⁸⁸ durumlarda, işçinin davranışı, doğruluğa ve bağlılığa uymayan davranışlar kapsamında ya da incelediğimiz sataşmaya ilişkin d alt bendi kapsamında¹⁸⁹ haklı neden olarak değerlendirilip iş sözleşmesi feshedilebilecektir.

Tüm haklı nedenlerde olduğu gibi, bu nedende de davranışın suç niteliği taşıması veya bir suç teşkil ediyorsa ceza yargılamasıyla tespit edilmiş olması gerekmektedir¹⁹⁰.

¹⁸³ Zimmet (TCK m. 247), normalde kamu görevlileri açısından mümkün olduğundan işçilerde söz konusu olmayacak gibi düşünülebilirse de, özel bankalardaki çalışan işçiler Bankacılık Kanunu'nu uyarınca zimmet suçu işleyebilmektedirler.

¹⁸⁴ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu – RG. Tarihi: 01.11.2005 RG. Sayısı: 25983.

¹⁸⁵ Ayrıca bkz. Y. HGK, 15.11.2018, 2015/22-2715 E., 2018/1720 K.; Y. 9. HD., 3.10.2018, 2018/5910 E., 2018/17399 K.; Y. 9. HD., 11.9.2003, 2003/13575 E., 2003/14238 K.; Y. HGK, 17.4.2002, 2002/9-292 E., 2002/312 K.; Y. 9. HD., 24.4.2001, 2001/3960 E., 2001/6884 K (www.kazanci.com, E.T.: 23.09.2020).

¹⁸⁶ Bkz. Y. HGK., 04.04.2018, 2015/3165 E., 2018/676 K., www.emsal.co, (E.T.: 14.04.2020).

¹⁸⁷ Bkz. III. A. 6. İşçinin İş Yerinde Suç İşlemesi

¹⁸⁸ Eğer maddi olgu tespiti yoksa -işçinin eylemi gerçekleştirmediği ispat edilemediyse-

¹⁸⁹ Bkz. III. A. 4. a. İşçinin Sataşması

¹⁹⁰ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 296; **Narmanhoğlu**, s. 448; **Arslan Durmuş**, s. 87. Bkz. I. Haklı Nedenle Fesihlerde Ceza Mahkemesi Kararı Gerekliliği ve Ceza Yargılamasının İş Mahkemesi Kararlarına Etkisi.

6. İşçinin İş Yerinde Suç İşlemesi

İşçinin, işyerinde yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi durumunda işveren İşK. m. 25/II-f alt bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

Haklı nedenin oluşması için ilk şart suçun işyerinde işlenmiş olmasıdır. Bu sebeple diğer şartları sağlasa da, işçi işyeri dışında bir suç işlediyse bu alt bent kapsamında değerlendirilemez. Ama bu ortada bir haklı neden olmadığı anlamına gelmeyecektir. Somut olay, İşK m. 25/II'deki **“incelediğimiz diğer suç teşkil edebilecek haklı nedenler”** (Örneğin, işçinin bir başka işçiye cinsel tacizde bulunması durumunda işyerinde işlenmiş olma şartı aranmayacaktır) ya da İşK m. 25/III'deki **“zorlayıcı sebepler”** (Hükme göre işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması durumunda haklı nedenle fesih mümkündür. Örneğin, işçinin işyeri dışında işlediği bir suçtan dolayı yedi günden fazla hapis cezası alması durumunda zorlayıcı neden ortaya çıkmış olacaktır) kapsamında değerlendirilebilecektir. Somut olayın bu iki seçeneğin kapsamına da girebilmesi mümkün olabilir. Bu durumda haklı nedenle feshin “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” mi yoksa “Zorlayıcı Sebepler” bendi uyarınca mı gerçekleştirileceği önem arz edecektir. İşçinin menfaati düşünüldüğünde III. bent kapsamında haklı nedenle feshin uygulanması gerektiği kabul edilmeliyse de, aslında işverenin hangi nedene başvuracağı onun seçimine kalmıştır. İşK. m. 25/III uyarınca işçinin iş sözleşmesini feshetmek işçinin lehinedir. Bu lehe etki doğrudan ve dolaylı olabilecektir. Doğrudan etki, işçinin şartlarını taşıyorsa kıdem tazminatı alabilmesi, dolaylı etki ise yeni iş başvurularında II. bent nedeniyle işten çıkarılmış olmasının yaratacağı negatif izlenimin (işçiye karşı önyargının) bir ölçüde önüne geçilebilmesidir¹⁹¹. Ama suç işyerinde işlenmediyse ve işyeri dışında işlenmesine rağmen haklı nedene yol açabilecek bir suç niteliği taşımıyorsa, kuşkusuz işverenin seçim hakkı olmayacak zorlayıcı sebep nedeniyle iş sözleşmesini feshedebilecektir. İnşaatta çalışan bir duvar ustasının işyeri sınırları dışında, şahsi aracıyla yaptığı trafik kazası sebebiyle alacağı hapis cezası buna örnek gösterilebilir.

Sataşma ve sarhoşluğa ilişkin haklı nedende olduğu gibi burada da işyerini İşK. m. 2/II uyarınca geniş düşünmek gerekir. Örneğin, işçi işyerine ait bir araçla yaptığı kaza sebebiyle yedi günü aşan bir hapis cezası almış ve

¹⁹¹ Elbette işveren haklı nedene konu olayın ne olduğunu çeşitli yollarla öğrenebilir. Ama işe alım safhaları düşünüldüğünde (daha başvuru evrakları verilmeden internet üzerindeki başvurularda yapılan elemeler vs.) bu dolaylı etkinin de önemli olacağı kanaatindeyiz.

bu ceza ertelenmemişse iş sözleşmesi İşK. m. 25/II-f uyarınca feshedilebilir¹⁹².

Kanunda “cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen” ifadesi kullanılmıştır. Bu sebeple eğer davranış başka bir madde hükmü kapsamına sokulamıyorsa, iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için kovuşturma bitmeli ve mahkûmiyet kararı kesinleşmelidir¹⁹³. Kesinleşmemiş yedi günü aşan bir hapis cezası varsa ne olacağı sorusunu yanıtlamak da gerekir. Kanaatimizce burada işvereninin İşK. m. 25/IV¹⁹⁴ deki haklı nedene başvurabilmesi mümkün olacaktır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 4’e göre mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz; ama uygulamada mahkûmiyetin kesinleşmesine kadarki süreçte, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü 22.01.2007 tarih ve 45/1 sayılı Genelgesi’nde yer alan ifadeyle “hükümözlü”, Yargıtay¹⁹⁵, a göre ise “hükmen” sanık tutuklanmaktadır¹⁹⁶. Sanık, tutuklu olduğu için de işveren, gözaltı ve tutukluluk halilerine ilişkin düzenleme (İşK m. 25/IV) uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir.

İşK m. 25/II-f açısından irdelenmesi gereken bir başka husus, mahkûm olunan hapis cezasının yedi günden fazla olması gerekliliğidir. Burada neden yedi günlük süre öngörüldüğüne bakmak gerekir. Öncelikle Türk Ceza Kanunu’nda 7 günlük bir alt sınırı olan hapis cezası yoktur. Bunun sonucunda yedi günden daha az bir hapis cezası da zaten mümkün olmayacaktır¹⁹⁷. TCK kapsamındaki hapis cezalarında bir yanıt bulamadığımız bu alt sınır, disiplin ve tazyik hapislerinin ertelenmemesi ve sürelerin kısalığı düşünüldüğünde mantıklı gelebilecek olsa da, İşK. m. 25/II-f’de 7 günden fazla hapisle *cezalandırılan bir suçun işlenmesinden* söz edildiği için bu hüküm kapsamına disiplin¹⁹⁸ ve tazyik hapisleri giremeyecektir. Çünkü disiplin ve tazyik

¹⁹² Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 252; Süzek, s. 708; Demir, s. 412; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 241.

¹⁹³ Tunçomağ/Centel, s. 227; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 241; Narmanlıoğlu, s. 450-451; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 286.

¹⁹⁴ İşK. m. 25/IV: *İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17.maddedeki bildirim süresini aşması.*

¹⁹⁵ Bkz. Y. CGK. 12.4.2011, 2011/1-51 E., 2011/42 K., (www.kazanci.com, E.T.: 25.06.2020)

¹⁹⁶ Hükmen tutuklulukla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 293.

¹⁹⁷ 7 günden fazla ve ertelenmemiş olmanın birlikte düzenlenmesi ise problemlidir. Çünkü hapis cezası 1 ay bile olmasa, bu ceza her durumda ertelenemez veya adli para cezasına çevrilemez. Çünkü bu iki seçeneğin de şartlarının sağlanmamış olması mümkündür.

¹⁹⁸ CMK m. 2/A-1: *“Disiplin hapsi: Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygu-*

hapislerinde cezalandırılan bir suç bulunmamaktadır. Ancak bu, bir işçiye disiplin ya da tazyik hapsi uygulanması durumunda haklı nedenle işçinin iş sözleşmesinin feshedilemeyeceği anlamına gelmez. Disiplin ve tazyik hapisleri f altı bendi kapsamında değerlendirilemese de; başka haklı neden kapsamında iş sözleşmesinin feshine sebep olabilirler. Burada cevaplandırılması gereken disiplin ve tazyik hapisleri sebebiyle haklı nedenle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin, İşK. m. 25/III (zorlayıcı sebepler)'e mi yoksa İşK. m. 25/IV (gözetim ve tutukluluk sebebiyle devamsızlık)'e mi başvuracağıdır. İşK. m. 25/IV'e göre işçinin gözetimine alınması veya tutuklanması halinde devamsızlık, işçinin kıdemi uyarınca sahip olduğu bildirim süresini aşarsa iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. İşK. m. 25/III'de ise bir haftayı geçen zorlayıcı sebep aranmaktadır. İşK. m. 17/I'e göre bildirim süresinin 2 haftaya kadar çıkabileceği düşünüldüğünde İşK. m. 25/IV'ün disiplin ve tazyik hapsine uygulanacağını kabul etmek işçi lehine olacaktır. Bu doğrultuda 2 haftaya kadar bir disiplin ya da tazyik hapsi söz konusu olduğunda haklı nedene başvurulabilme hakkı doğmayacağı söylenebilecektir.

Ancak İşK. m. 25/IV'de işçinin bildirim süresini aşan “gözetim ve tutukluluk hali” düzenlenmiştir. Bu nedenin disiplin ve tazyik hapislerine dayanak olabileceğini söylemek için bu hapis türlerinin tutukluluk olarak kabul edilmesi gerekir. Doktrinde özel tutukluluk halleri sayılırken disiplin hapislerine de yer verilmiştir¹⁹⁹. Bu sebeple disiplin hapisleri ve tazyik hapislerinin tutukluluk olarak değerlendirilmesinin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz. Ama iki hafta ve daha fazla bir disiplin ya da tazyik hapsi varsa hangi hüküm kapsamında değerlendirilirse değerlendirilsin sonuç değişmeyecek ve iş sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilebilecektir. Bu sebeple İşK. m. 25/III'e ya da İşK. m. 25/IV'e dayanılması fark etmeyecektir. Buna rağmen “gözetim ve tutukluluktan dolayı devamsızlık” nedeninin işe alımlarda işverende bir önyargı oluşturabileceğinden, İşK. m. 25/III (zorlayıcı sebepler)'e dayanılmasının işçinin lehine olacağını söyleyebiliriz.

İşK. m. 25/II-f alt bendinde neden hapis cezası için 7 gün sınırı konulduğu sorusuna geri dönersek, kanaatimizce bu sınırın konulmasının nedeni ceza mevzuatından kaynaklanmamıştır. Bu sınırın sebebinin İşK. m. 25/III. bendi olduğu düşüncesindeyiz. İşK. m. 25/III kapsamında, hapis cezasını bir zorlayıcı neden olarak kabul ettiğimizde, bu süre bir haftayı aşmazsa haklı nedenle fesih mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak f alt bendinde, zorlayıcı sebeplere ilişkin hükümlerle bir bütünlük sağlanması için “yedi günü aşan ve

lanamayan, tekrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade eder”.

¹⁹⁹ **Özbek/Doğan/ Bacaksız**, Ceza Muhakemesi, s. 285.

ertelenmeyen hapis cezaları” ifadesine yer verildiği kanaatindeyiz. Ancak şu an hukuk sistemimizde bir suç sebebiyle 7 günden daha az bir hapis cezasının uygulanması mümkün olmadığı için bu düzenlemenin somut bir etkisi bulunmamaktadır.

7. İşçinin İş Güvenliğini Tehlikeye Düşürmesi veya İşverenin Malına Zarar Vermesi

İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması durumunda İşK. m. 25/II-1 alt bendi uyarınca işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkını kazanacaktır.

Burada iki ayrı fesih nedeni mevcuttur. Birincisi işin güvenliğinin tehlikeye düşmesi, diğeri ise işyerinde bulunan eşya ve maddelerin zarar görmesidir. İlk sebepte bir zarar aranmamış tehlikeye düşürülmesi yeterli bulunmuştur. Diğer hususta ise işçinin otuz günlük ücret tutarını aşan derecede zararın doğmuş olması gereklidir.

Her iki nedenle de işverenin fesih hakkını kullanabilmesi için bu durumların işçinin kusurlu bir davranışı ile meydana gelmesi gerekir. Bu sebeple, olayda işçinin kastı (kanundaki ifadeyle “isteği”) ya da ihmali (kanundaki ifadeyle “savsaması”) mevcut değilse ve tehlike veya zarar, mücbir sebep ya da kaçınılması mümkün olmayan halden doğmuşsa haklı nedenle fesih söz konusu olmayacaktır²⁰⁰.

İş güvenliğinin tehlikeye düşmesi bakımından zararın oluşmasının gerekmediğini zarar ihtimalinin bulunmasının yeterli olacağını belirttik. Bu sebeple burada önemli olan husus objektif olarak bir tehlikenin bulunup bulunmadığıdır²⁰¹.

Otuz günlük ücret tutarını aşan zarara ilişkin olarak da zararın tazmin edilecek olmasının haklı nedenle feshi ortadan kaldırmayacağını belirtmemiz gerekir. Çünkü maddede zararın karşılanmaması sebebiyle işverene fesih hakkı verilmemiştir. Zararın meydana gelmesi işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için yeterlidir. Bu sebeple işçinin zararı karşılayacağını belirtmesi, dahası karşılaması feshe engel olamaz²⁰².

²⁰⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 254; Süzek, s. 678; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 245; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 288; Arslan Durmuş, s. 126, 129.

²⁰¹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 244; Senyen Kaplan, İş Hukuku, s. 288. Bkz. 9. HD. 02.11.2004, 2004/1834 E. 2004/24692 K., www.kazanci.com, (E.T.:25.06.2020).

²⁰² Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 255; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 245; Arslan Durmuş, s. 131.

İŞK. m. 25/II-1 alt bendindeki iki ayrı neden de TCK'da düzenlenmiş çeşitli suçlara karşılık gelebilir. Öncelikle işçinin “işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi”, görevi ve çalıştığı işyerine göre TCK m. 170 “Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması”, TCK m. 171 “Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması”, TCK m. 172 “Radyasyon yayma”, TCK m. 173 “Atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme”, TCK m. 174 “Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi”, TCK m. 175 “Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali”, TCK m. 176 “İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama”, TCK m. 177 “Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması”, TCK m. 178 “İşaret ve engel koymama”, TCK m. 179 “Trafik güvenliğini tehlikeye sokma”, TCK m. 180 “Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma”, TCK m. 181 “Çevrenin kasten kirletilmesi”, TCK m. 182 “Çevrenin taksirle kirletilmesi”, TCK m. 183 “Gürültüye neden olma”, TCK m. 184 “İmar kirliliğine neden olma”, TCK m. 185 “Zehirli madde katma”, TCK m. 186 “Bozulmuş veya değiştirilmiş gıda veya ilaçların ticareti” ve TCK m. 187 “Kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma” suçlarından birine karşılık gelebilir.

İşçinin, otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede işvereni hasara ve kayba uğratması durumu da TCK m. 151/I²⁰³ uyarınca “mala zarar verme” ye karşılık gelecektir. Bu suçun iş hukuku ile doğrudan bağlantılı nitelikli hali ise TCK m. 152/I-e’de düzenlenmiştir. Buna göre grev veya lokavt durumlarında, işverenlerin, işçilerin, işveren veya işçi sendika / konfederasyonlarının maliki olduğu ya da kullanımındaki bina, tesis veya eşyalarda oluşan zarar “mala zarar verme suçu”nun nitelikli halidir ve bu durumda cezanın alt ve üst sınırı artmaktadır.

B. İşçinin Haklı Nedenle İş Sözleşmesini Feshedebilmesi Bakımından

İşveren gibi işçiler de haklı nedenle iş sözleşmesini derhal feshedebilir. İşçinin dayanabileceği haklı nedenler ise İŞK. m. 24’de düzenlenmiştir. Konumuz bakımından incelememiz gereken işçinin haklı fesih nedenleri ise işverenin feshinde olduğu gibi “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” bendi kapsamında ele alınmıştır²⁰⁴.

²⁰³ TCK m. 151/I: “başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır”.

²⁰⁴ Bu nedenlerin örnekseyici sayım olması konusundaki açıklamalar için bkz. III. A. İşverenin Haklı Nedenle İş Sözleşmesini Feshedebilmesi Bakımından

İşçinin fesih nedenlerinin kanunda sayılan haklı neden kapsamında olup olmadığının tespiti, “işçinin derhal fesih yapamayıp bir bildirim süresine uyup uymayacağı”, “bildirim süresine uyması gerekiyor ama uymuyorsa ihbar tazminatı ödemek zorunda kalması” ve “kıdem tazminatına hak kazanabilmesi” bakımından önemlidir.

Ancak somut olaydaki nedenin, kanunda sayılan hangi haklı neden düzenlemesi kapsamında değerlendirileceği işverendeki gibi elzem olmayacaktır. Çünkü işçi hangi haklı nedene dayanırsa dayansın, iş sözleşmesini ihbar tazminatı ödemek zorunda kalkmaksızın derhal feshedebilmekte ve bunun sonucunda kıdem tazminatı alabilmektedir.

İşK. m. 25/II'deki “ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” kapsamındaki gibi İşK. m. 24/II'de de çeşitli suçlara açıkça yer verilmiş ya da suç niteliği açıkça ifade edilmemişse de, ceza hukuku anlamında bir suça karşılık gelebilecek davranışlar haklı neden olarak kabul edilmiştir. İşçinin suçu bildirme yükümlülüğünü incelerken belirtmiş olduğumuz üzere, her ne kadar İşK. m. 24/II sınırlı sayım ilkesine tabi olmasa da işçinin zor durum yaşaması ihtimalini ortadan kaldırma amacıyla bazı eklemeler yapılabileceği kanaatindeyiz.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere İşK. m. 24/II kapsamındaki nedenler işverenin, işçiye veya ailesine karşı çeşitli tutum ve davranışlardır. İşçinin bu konularda zaten bir suçu bildirme yükümlülüğü yoktur. Suçu bildirme yükümlülüğü doğacağı tüm hususları da örnekseyici sayıma dayanarak haklı neden kapsamına sokmak mümkün olmayabilir. İşyerindeki bir işçiyi ama özellikle işvereni ihbar ettikten sonra işçinin iş sözleşmesi devamında oluşabilecek durumlara karşı haklı nedenle fesih hakkı tanınmış olması önemlidir; bu, suçu bildirme yükümlülüğü için bir koruma sağlamasa da mevcut durumda, en azından bir seçenek adeta bir “imdat çıkışı” sağlamış olacaktır.

Bu sebeple “işverenin işyerinde ya da dışında işçi ve ailesine karşı olmayan suçların” işçiye haklı nedenle fesih imkânı sağladığının açıkça ifade edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ayrıca bu nedeni, suçu bildirme yükümlülüğü sonucunda olabileceklerden bir kaçış yolu olarak önersek de; işçi “işverenin işlediği suçlardan dolayı ona duyduğu güveni yitirmesi” ve “işverenin yanında çalışarak işlediği suça ortak olmak istemeyişi”nden dolayı da haklı nedenle fesih yoluna başvurabilecektir.

Aslında İşK. m. 18/III-c uyarınca suç bildirimiminin geçerli sebep olmayacağı açıktır²⁰⁵ ve son yıllarda Türk Hukuku'nda da whistleblowing kavramı kapsamında işçinin korunması önem kazanmıştır. Ancak henüz etkin

²⁰⁵ Ayrıca bkz. II. C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü

bir koruma sağlanamadığından uygulamada işçi zor durumlar yaşamakta ve işvereni ihbarı karşısında çeşitli şekillerde işini kaybetmektedir²⁰⁶. Bu sebeple suçu bildirmeme suçu karşısında ihbarda bulunmak zorunda kalan işçinin, ihbar sebebiyle işverenin ona kötü davranmasını veya işten çıkarılmasını beklemek ya da yıpratıcı bir süreçten sonra dayanamayıp somut olaya göre süreli veya haklı nedenle feshe başvurması yerine; tüm bu sıkıntıları yaşamadan kendisinin derhal iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi işçinin yararına olabilecektir. Sonuç olarak açıkladıklarımız doğrultusunda İşK. m. 24/II'ye "işverenin işyerinde ya da dışında işçi ve ailesine karşı olmayan suçlar" bakımından uygun bir şekilde ekleme yapılmasının adaletli ve işçinin lehine olacağı düşüncesindeyiz²⁰⁷.

1. İşverenin İşçiyi Yanıltması

İşverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi düzenlemelerini incelerken bu nedene benzer bir haklı nedeni ele almıştık. Orada, işçi iş sözleşmesinin esaslı noktaları konusunda gerekli vasıflar ve koşullar ile ilgili olarak işvereni yanıltırken; burada da işveren söz konusu esaslı noktaları yanlış göstererek ya da gerçeğe uygun olmayan beyanlarda bulunarak işçiyi yanıltmaktadır. Böyle bir yanıltmayı tespit eden işçi, iş sözleşmesini derhal haklı nedenle feshedebilecektir; çünkü işveren culpa in contrahendo yani sözleşme öncesi sorumluluklarına aykırı davranmış olacaktır²⁰⁸. Bu sebeple işverenin iş sözleşmesinde ücret, görev tanımı vs. ilişkin olmak üzere belirttiği hususların, doğru olması gerekecektir.

İşverende olduğu gibi işçinin yanıltılması da Türk Ceza Kanunu anlamında dolandırıcılık suçu teşkil edebilecektir. TCK m. 157'de dolandırıcılık "hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlanması" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre işçinin yanıltılmasının somut olaya göre dolandırıcılık suçu teşkil

²⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Ufuk: "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2002-2003, ss. 79-100; Alp, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", Polat SOYER'e Armağan, DEÜHFD, Yıl: 2013, C.15, Özel Sayı, 2014, ss. 385-422; Alp, Mustafa: Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing), Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2013, (Whistleblowing); Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, s. 642-644.

²⁰⁷ Kanunda sayılı haklı nedenlerde ekleme/değişiklik yapılabileceğine yönelik diğer açıklamalar için bkz. III. B. 2 İşverenin Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışları ve Cinsel Tacizde Bulunması, III. B. 4. İşçinin Diğer İşçi veya Üçüncü Kişilerce Cinsel Tacize Uğraması

²⁰⁸ Süzek, s. 683, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 229.

edebileceği kanaatindeyiz. Örneğin, işveren, cep telefonu mağazasında tezgâhtar olarak çalışmak için iş sözleşmesi yapan işçiyi, telefonların aslında sahte olduğunu bildirmeyerek, habersizce suçuna ortak ediyorsa dolandırıcılık suçunun gündeme geleceğini düşünmekteyiz. Bir başka örnek, işçi atölyede bir sıvının ambalajlara doldurulup paketlenmesi hizmeti için iş sözleşmesi imzalamıştır. İşçi, iş sözleşmesinde, işyerinin ilaç sektöründe çalıştığı ve paketleme yapacağı maddenin insan sağlığına bir zararı bulunmadığından özel tedbirlere gerek olmadığı konusunda bilgilendirilmiştir. İşçi, sadece ürünleri doldurma ve paketleme gibi basit tehlikesiz bir işlem gerçekleştirmesi sebebiyle asgari ücretle derhal işe başlamıştır. Ancak gerçek başkadır. İşveren, insan sağlığına zararlı, izinsiz olarak üretimi ve satışı yasa dışı olan, ilaç sektörü için değil yasa dışı işlerde kullanılması amacıyla ürettiği çok tehlikeli bir maddenin paketlenmesi için işçiyi işe almış; ama bu durumu saklamıştır. Kurgulamış olduğumuz bu örnekte, işveren işçiyi yanıltmış, işçinin hem sağlığı hem de maddi durumu açısından zararına olarak kendi ve başkaları adına yarar sağlamıştır. Bu sebeple de dolandırıcılık suçunun gündeme geleceği söylenebilir. Elbette verdiğimiz örneklerde işverenin davranışları başka suçları da barındırmaktadır. Ama biz işçiyi yanıltması bakımından durumu ele almış bulunuyoruz.

Burada, her bir haklı nedende belirttiğimiz üzere gerçekten bir dolandırıcılık suçu meydana gelip gelmediği, ceza mahkûmiyeti kararı çıkıp çıkmayacağı, işçinin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi açısından önemli değildir²⁰⁹. Ancak burada suç teşkil edebilecek bir haklı neden olması yukarıda incelediğimiz bildirim yükümlülüğünü doğurabilmektedir²¹⁰. Verdiğimiz örneklerde dolandırılan işçinin suçun mağduru olmasından dolayı, dolandırıcılık için suçu bildirme yükümlülüğü olmasa da²¹¹ işyerindeki diğer işçiler için kural olarak bir bildirim yükümlülüğü doğacaktır²¹².

Burada işveren vekilinin hilesinin de bu hüküm kapsamında haklı neden oluşturacağı belirtilmelidir. Çünkü iş sözleşmesinin kuruluşunda işveren vekili hilesi, sözleşme işveren adına yapıldığından, işverenin yanıltması olarak kabul edilecektir²¹³.

²⁰⁹ Bkz. I. Haklı Nedenle Fesihlerde Ceza Mahkemesi Kararı Gerekliliği ve Ceza Yargılamasının İş Mahkemesi Kararlarına Etkisi

²¹⁰ II. İş Sözleşmesi Bakımından Suçu Bildirme Yükümlülüğü

²¹¹ Bkz. II. B. İşverenin Suçu Bildirme Yükümlülüğü dñn. 42.

²¹² İşverenin yaptığı davranışların TCK'da karşılık geleceği diğer suçlar bakımından, dolandırılan işçi mağdur ya da zarar gören olmayacağından, bu suçlar bakımından bildirme yükümlülüğü doğacaktır.

²¹³ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 230.

2. İşverenin Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışları ya da Cinsel Tacizde Bulunması

İşK. m. 24/II-b'ye göre *işveren işçinin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa*, işçi iş sözleşmesini derhal haklı nedenle feshedebilir. Madde metninde “işçinin aile üyeleri” ifadesine yer verilmiştir. Doktrinde bundan “işçinin eşi, çocukları ve birlikte oturmasalar bile yakın akrabaları”nın anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Dahası bu kavram içine işçinin imam nikâhlı eşi, hatta imam nikâhı bulunmadan birlikte yaşadığı kişi; işçiyle aralarında akrabalık bağı bulunmayan, ancak, aynı çatı altında birlikte yaşayan kişilerin de dâhil edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür²¹⁴.

İşK. m. 24/II-b'den yola çıkarak işyerinde mobbing (psikolojik taciz)²¹⁵ sebebiyle işçinin sözleşmeyi haklı nedenle feshedebileceği de doktrinde belirtilmiş ve bu görüş, m. 24 ikinci bentte yer alan “Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller *ve benzerleri*” ifadesine dayandırılmıştır²¹⁶. Yargıtay'ın içtihatı da bu yöndedir²¹⁷.

İşçiye uygulanan mobbingi 24/II-b bendinin altında ele alsak da, doktrinde bunun aşağıda inceleyeceğimiz sataşmaya ilişkin II-c kapsamına da sokulabileceği belirtilerek; işçiye bağırarak ya da sürekli eleştirerek iş yaptırılması, dış görünüşüyle alay edilmesi, küçümsenmesi, işçi hakkında dedikodu yayılması gibi durumların sataşma olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir²¹⁸. İşçi, diğer işçilerin mobbinginde ise İşK. m. 24/II-d kapsamında haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilecektir²¹⁹. Ama Yargıtay

²¹⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 231.

²¹⁵ Mobbing (psikolojik taciz) ile ilgili ayrıntılı bilgi (anlam, örnekler, yargı kararları vb.) için bkz. II. A. 3. İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

²¹⁶ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 243, 244; **Süzek**, s. 684; **Savaş**, s. 79; **Keser**, Hakan: “İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep”, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2016, s. 334, 340; **Taşkent, Savaş/Kurt**, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, S.40, ss. 29-50, s. 44; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 128-129. Mobbing'in “ve benzerleri” kapsamından değerlendirip haklı neden sayılamayacağı şeklindeki aksi görüş için bkz. **Şen**, s. 61.

²¹⁷ İşverenin psikolojik tacizi (mobbing) nedeniyle işçi tarafından yapılan feshi haklı kabul ettiği kararları için bkz. Y. HGK., 25.09.2013, 2012/9-1925 E., 2013/1407 K.; Y. 9. HD., 15.10.2009, 2008/10408 E., 2009/26968 K.; Y. 9. HD., 01.04.2011, 2009/8046 E., 2011/9717 K., (www.kazanci.com, E.T.:26.06.2020).

²¹⁸ **Öktem Songu**, Sataşma, s. 128. Ancak psikolojik tacizin, sataşma kabul edilemeyecek kadar hafif, belirsiz, kurnazca yapılan davranışlardan oluşmasından dolayı İşK. m. 24/II-c hatta II-b kapsamına dahi sokulamayacağı aksi görüşü için bkz. **Şen**, s. 61.

²¹⁹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 233; **Savaş**, s. 79; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 128.

ve Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları mobbing için çoğunlukla dayanak olarak genel anlamda İşK. m. 24/II'yi göstermekte bir alt bent kapsamında değerlendirmemektedir²²⁰.

Yargıtay bu alt bent kapsamında sadece işverenin değil işveren vekilinin belirtilen davranışlarının da haklı nedenle feshedilmesini sağlayacağını kabul etmiştir²²¹.

Esasen, aşağıda irdeleneceğimiz “işçinin diğer bir işçi ya da üçüncü kişi tarafından cinsel tacize uğraması”nda olduğu gibi²²², bu alt bent kapsamındaki davranışlar işveren vekilinin yanı sıra **“başka bir işçi veya üçüncü kişi”** tarafından, **“işyerinde ya da işyerinde çalışmayı etkileyen bir husus ise işyeri dışında”**, gerçekleştirildiyse ve işçinin bildirimine rağmen işveren buna yönelik yapılması gerekenleri yerine getirmediyse de işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu hakkın, bentte sınırlı sayım yapılmadığı görüşüne dayanılarak “ve benzerleri” ifadesi kapsamında mevcut olduğu kabul edilebilir. Ama bu durumda doktrinde, yapılacak feshin spesifik olarak bu bent kapsamında değil genel anlamda sadece İşK. m. 24/II uyarınca feshedilmiş olacağı; ayrıca bu durumun kapsama alınabilme gerekçesinin TBK m. 417'deki işçiyi gözetme borcunun bir gereği olduğu belirtilmiştir²²³. Ancak konunun tartışmaya sebep olmaması için incelemekte olduğumuz İşK. m. 24/II-b'ye “bir başka işçinin veya üçüncü kişinin” ifadesinin eklenmesi veya aşağıda inceleyeceğimiz “bir başka işçi veya üçüncü kişinin cinsel tacizi”ne ilişkin düzenlemeye “şeref ve namusuna dokunacak davranışların” ifadesinin de konması yoluna başvurulabilir. Ama İşK. m. 24/II-b'ye “bir başka işçinin veya üçüncü kişinin” ifadesinin eklenmesi yolu seçilecek olursa atlanmaması gereken husus, işçi veya üçüncü kişinin söz konusu davranışları gerçekleştirir gerçekleştirmez işçinin haklı nedenle feshedilmesinin, işçi derhal haber vermesine rağmen işveren herhangi bir tedbir uygulamıyorsa, iş sözleşmesini derhal

²²⁰ Bkz. Y. HGK, 02.11.2011, 2011/9-590 E., 2011/677 K., Antalya, BAM, 9. HD., 28.11.2019, 2019/1778 E., 2019/2009 K., (www.kazanci.com, E.T.:10.09.2020).

²²¹ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 245; **Süzek**, s. 684; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 230. Bkz. Y. 9. HD., 14.2.1994, 1993/14090 E., 1994/2244 K., (www.kazanci.com, E.T.:26.06.2020).

²²² Bkz. III. B. 4. İşçinin Diğer İşçi veya Üçüncü Kişilerce Cinsel Tacize Uğraması

²²³ **Ergin**, s. 72; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 125. Esasen söz konusu yazarlar bu görüşleri spesifik olarak sataşma için ifade etmiştir. Ancak bu hususta da aynı bakış açısı dikkate alınabilecektir. Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, işverenin bir başka işçisinin işçiye veya aile üyelerinden birine karşı şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlarda bulunması veya cinsel tacizi İş K. m.24/II(b) hükmüne göre, işçiye fesih hakkı vermediğini belirtmiştir (**Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 230).

feshedebileceğidir²²⁴. Sonuç olarak sadece olayın gerçekleşmesi durumunda işçi haklı nedene başvuramayacaktır.

Bu konuda doktrinde de “**bir başka işçinin**” bu davranışlarının haklı neden sayılmasında sorun görülmesi de, “**üçüncü kişi**”nin yani işyeri dışından birinin belirttiğimiz şekilde düzenlemeye dâhil edilmesi daha zor olacaktır. Şöyle ki, üçüncü kişinin davranışının işveren ya da işveren vekili tarafından önceden bilinmesi mümkün olmadığında haklı nedenle feshe imkânı vermeyeceği ve haklı nedenle feshin ancak, davranışı işveren veya işveren vekilinin önceden öngörebilmelerine rağmen bunun önüne geçmeye çalışmayarak ya da davranış karşılıklarında gerçekleşmesine rağmen bu durumu sona erdirebilecekken bir müdahalede bulunmayarak gözetim borcuna aykırı davranışlarıyla mümkün olacağı belirtilmiştir²²⁵. Bu doğrultuda, getirilecek yenilikte “**işveren yetkisi dâhilinde gerekli tedbirleri almazsa**” ifadesine yer verilirse sorun çıkmayacaktır. Ancak mevcut düzenleme karşısında bir üçüncü kişinin davranışlarının haklı neden teşkil edip etmeyeceğinin özel olarak ele alınması gerekir. Bu durumda dayanılan hüküm doğrudan m. 24/II-b değil; işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık nedeniyle genel anlamda İşK. m. 24/II “ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” olacaktır²²⁶.

İşveren vekiline açıkça yer verilmemesini, “işçi veya üçüncü kişi” kavramına yer verilmemesi kadar önemli görmemekteyiz. Zira işveren vekilinin gerçekleştirdiği davranışları bu bent kapsamında kabul etmede dayanak sadece “ve benzerleri” ifadesi yani sınırlı sayım yapılmamış olması değildir. İşK. m. 2/V uyarınca, İş Kanunu’ndaki işveren için öngörülen her çeşit sorumluluk ve zorunluluklar işveren vekilleri hakkında da uygulanacağından, işveren vekilinin davranışları karşısında bu bent kapsamında işçi sözleşmeyi derhal feshedebilecektir²²⁷.

İşverenin haklı nedenle sözleşmeyi feshetmesi kapsamındaki gibi burada da cinsel tacizin işyeri veya mesai saatleri içinde mi yoksa dışında mı gerçekleştiğinin bir önemi yoktur²²⁸.

²²⁴ **Ergin**, s. 72; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 125. Esasen söz konusu yazarlar bu görüşleri sataşma için ifade etmiştir. Ancak bu hususta da aynı bakış açısı dikkate alınabilecektir.

²²⁵ Esasen bu görüş sataşma için ifade edilmiştir. Ancak bu hususta da aynı bakış açısı dikkate alınabilecektir. Görüş için bkz. **Bakırcı**, Kadriye: “İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu Karar İncelemesi”, Karar İncelemesi, Çimento İşveren Dergisi, C.14, S.3, 2000, ss. 29-31, (İnceleme).

²²⁶ **Ergin**, s. 72; **Öktem Songu**, Sataşma, s. 125. Esasen söz konusu yazarlar bu görüşleri sataşma için ifade etmiştir. Ancak bu hususta da aynı bakış açısı dikkate alınabilecektir.

²²⁷ **Süzek**, s. 684.

²²⁸ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, s. 243. Bkz. Y. 9. HD., 04.11.2010, 2008/37500 E., 2010/31544 K., (www.kazanci.com, E.T.:26.06.2020).

İşverenin İşK. m. 24/II-b kapsamındaki şeref ve namusa yönelik söz ve davranışlarının aynı zamanda suç teşkil etmesi mümkündür. Ceza Kanunu ile İş Kanunu metinleri karşılaştırıldığında bu alt bentteki haklı nedenin TCK m. 125 kapsamında hakaret suçunu oluşturabileceği görülecektir²²⁹.

Ayrıca işverenin veya yukarıda belirttiğimiz üzere işveren vekilinin cinsel tacizi ya da mobbingi de TCK anlamında çeşitli suçlara karşılık gelebilecektir. Burada da tekrara düşmemek için işverenin haklı nedenlerindeki cinsel tacize ilişkin açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz²³⁰.

İşK. m. 25/II-b kapsamında da TCK anlamında çeşitli suçların oluşabilmesi mümkün olsa da, tüm haklı nedenlerde olduğu gibi feshin geçerliliği için bu bir zorunluluk değildir²³¹.

3. İşverenin Sataşması, Hukuka Aykırı Davranışlara Yönlendirmesi ve İşçiye ya da Ailesine Karşı Suç İşlemesi

İşK. m. 24/II-c alt bendinde *işveren işçiye veya aile üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse ya da işçiyi veya aile üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiye ve aile üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunursa işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği* düzenlenmiştir.

İlk olarak hızlıca tekrara kaçmadan belirtmemiz gereken husus buradaki eylemlerin de yukarıda da belirtmiş olduğumuz²³² gerekçelerle sadece işveren değil işveren vekili tarafından da işlenmesi durumunda haklı nedenle fesih imkânı sağlayabilmesidir²³³. Ayrıca yine diğer başlıkta belirttiğimiz üzere bu alt bent kapsamında da bir başka işçinin ya da üçüncü kişinin işçiye karşı sataşma, gözdağı vd. hareketlerini gerçekleştirmesine ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır. Ama bir başka işçinin sataşmasının işverene derhal

²²⁹ İşçinin veya aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söylenmesi, davranışlarda bulunulması hususunun TCK m. 125 bakımından değerlendirilmesi “İşçinin Şeref ve Namusuna Dokunacak Söz ve Davranışları” sebebiyle işverenin haklı nedenle feshinde yapılmış olan değerlendirmelerle aynı olduğundan burada tekrar yer verilmeyecektir. Bkz. III. A. 2. İşçinin Şeref ve Namusuna Dokunacak Söz ve Davranışları.

²³⁰ Bkz. III. A. 3. İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

²³¹ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 579. Bkz. I. Haklı Nedenle Fesihlerde Ceza Mahkemesi Kararı Gerekliliği ve Ceza Yargılamasının İş Mahkemesi Kararlarına Etkisi

²³² Bkz. III. B. 2. İşverenin Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışları ve Cinsel Tacizde Bulunması

²³³ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 232.

bildirilmesi durumunda genel olarak İşK m. 24/II'ye dayandırılabilmesi²³⁴; ancak işyeri dışından bir kişinin işçiye sataşmasının işçiye haklı nedenle fesih hakkı verip vermeyeceğinin üzerinde ayrıca durulması gerektiği doktrinde belirtilmiştir²³⁵. Bu konuda, doğrudan sorumluluk doğar denemeyeceğini ama işveren ya da işveren vekilinin, işyeri dışından bir üçüncü kişinin davranışına müdahale ederek olayı bertaraf edebilmesi mümkünse, yani işveren imkânı olmasına rağmen eylemde bulunmamışsa ya da yetersiz ise bunun işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık olacağı ve bir haklı neden teşkil edebileceği söylenmiştir²³⁶. Ama II-b alt bendini incelerken ele aldığımız üzere, mevcut düzenleme sebebiyle böyle bir durumda işçi, iş sözleşmesini m. 24/II-c alt bendi kapsamında sataşma nedeniyle değil, işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık olacağından genel olarak ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri nedeniyle m. 24/II'ye dayalı olarak haklı nedenle feshedebilecektir²³⁷.

İşverenin işçiye sataşması bakımından TCK değerlendirilmesi işverenin haklı nedenle feshindeki işçinin sataşması ile paralel olduğundan burada tekrar yer vermeyeceğiz²³⁸. Ancak İşK. m. 24/II-c'de ek olarak işverenin hukuka aykırılığa yönlendirmesine de yer verilmiştir. Bu bağlamda işçinin hangi hukuka aykırı davranışı doğduysa ve bu doğrultuda hangi suç gündeme gelebilecekse işverenin o suçun azmettiricisi olarak değerlendirilmesi ve o suç ile cezalandırılması mümkün olabilecektir²³⁹.

Düzenleme açısından işverenin hangi hapsi gerektiren suçu işlediği önemli değildir ve özel olarak mahkûm olma şartı da aranmamıştır²⁴⁰. İşverenin eyleminin tespiti ve o eyleme kanunda hapis cezası düzenlenmiş olması, haklı nedenin varlığı için yeterlidir. Bu sebeple de yaptırımını sadece para cezası olan suçlar bu kapsama girmeyecektir²⁴¹. Bununla birlikte her ne kadar iş hukuku kaynaklarında rastlamasak da, hapis ya da adli para cezasının seçimlik yaptırım olarak düzenlenmiş suçlar bakımından ne olacağına da değinmek gerekir. Kanunun lafzına bakarsak “hapis cezası gerektiren” ifadesi sebebiyle adli para cezası da öngörülebilecek suçların kapsam dışı

²³⁴ Ergin, s. 72; Öktem Songu, Sataşma, s. 125. Bağlantılı olarak bkz. III. B. 2. İşverenin Şeref ve Namusa Dokunacak Söz ve Davranışları ve Cinsel Tacizde Bulunması

²³⁵ Öktem Songu, Sataşma, s. 125.

²³⁶ Bakırcı, İnceleme, s. 31.

²³⁷ Öktem Songu, Sataşma, s. 125.

²³⁸ Bkz. III. A. 4. a. İşçinin Sataşması.

²³⁹ Mollamahmut oğlu/Astarlı/Baysal, s. 231. TCK m. 38/I: “Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır”.

²⁴⁰ Mollamahmut oğlu/Astarlı/Baysal, s. 231; Narmanlıoğlu, s. 429.

²⁴¹ Süzek, s. 685; Mollamahmut oğlu/Astarlı/Baysal, s. 231.

olabileceği söylenebilir. Bu doğrultuda, eğer hâkimin hapis cezası yerine para cezasına da hükmedebilme hakkı o suç için düzenlenmişse, haklı neden ortaya çıkmayacaktır²⁴². Sonuç olarak da, seçimlik yaptırım öngörölmüş suçları tartışmasız olarak kapsama dâhil etmek ve belirttiğimiz gibi bir değerlendirme yapılması riskini kaldırmak istenirse “*hapis cezasına hükmedilebilecek suçlar*” ifadesinin maddeye eklenmesi yerinde olacaktır.

Ayrıca tekrar belirtmeliyiz ki, işverenin işçiye veya ailesine karşı hapsi gerektiren bir suç işlemesi haklı neden olarak düzenlenmişse de, daha önce de ileri sürdüğümüz üzere işverenin işçiye ya da ailesine karşı olmayan suçlarının da belirli bir kapsamda haklı neden olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır²⁴³.

4. İşçinin Diğer İşçi veya Üçüncü Kişilerce Cinsel Tacize Uğraması

İşverenin kendisinin işçiye cinsel tacizde bulunması İşK. m. 24/II-b’de düzenlenmiştir. Burada II-d alt bendinde ise işçinin, işverenin başka bir işçisi veya üçüncü kişi (bu kişi işverenin ailesi veya bir yakını da olabilir) tarafından *işyerinde* cinsel tacize uğraması durumuna yer verilmiştir. Ama bu bende göre haklı nedenin kabulü için, olayın gerçekleşmesi yetmez. İşçinin bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemleri almamış olması gerekir. Bu hükümdeki “gerekli önlem”in ne ifade ettiği tespit edilmelidir. Kanunu’n gerekçesine göre, “gerekli önlemler”, *işverenin, olayın tekrar etmemesi için çaba göstermesi, sözelimi, işçinin çalıştığı yeri değiştirmesi ya da tacizin ağırlığı karşısında tacizci işçinin işine son vermesi*’ne karşılık gelmektedir.

Yukarıda, II-b alt bendini incelerken “işverenin bir başka işçisinin” ya da “üçüncü kişinin” şeref ve namusa dokunacak sözler söylemesi ve davranışlarda bulunması karşısında işverenin gerekli önlemleri almaması durumunda haklı nedenle fesih hakkı doğabileceğini; ama tartışmalı bir durum olmaması için bunun madde metninde açıkça düzenlenebileceğini belirtmiştik. Burada buna ek olarak, işverenin bir başka işçisinin ya da üçüncü kişinin, işçiye karşı sadece cinsel taciz değil başka suçları işlemesi durumunda da gerekli ve kendisinden beklenebilecek tedbirleri almazsa haklı nedenle feshe başvurulabileceği düzenlemesine de yer verilebileceğini düşünmekteyiz.

²⁴² Elbette haklı neden oluşmasa da, süreli fesih yoluna başvurulabilmesi mümkün olacaktır.

²⁴³ Bkz. II. C. İşçinin Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve III. B. İşçinin Haklı Nedenle İş Sözleşmesini Feshedebilmesi Bakımından

Ayrıca eğer İşK. m. 24/II-d bendinde “*işyerinde gerçekleşen*” cinsel taciz olarak açıkça belirtilmiş olduğundan, bu bent kapsamında işverenin bir işçisinin başka bir işçisine **işyeri dışında** cinsel tacizde bulunması durumunun haklı neden teşkil etmeyeceği ileri sürülse bile; daha önce incelediğimiz üzere İşK. m. 24/II-b veya c kapsamına “bir başka işçi”nin davranışlarının da dahil edilebileceği belirtildiğinden, işverenin bir işçisinin bir başka işçisine işyeri dışında cinsel tacizi, haklı neden olarak kabul edilebilecektir.

Her ne kadar hükümde cinsel taciz kavramı kullanılmışsa da Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere işçinin bir başka işçiye mobbingi için de bu haklı neden geçerli olacaktır²⁴⁴.

İşK. m. 24/II-d kapsamında oluşabilecek suçlar bakımından ise tekrara düşmemek adına burada yeniden inceleme yapmak yerine, işverenin dayanaabileceği haklı nedenler kapsamındaki değerlendirmelerimize gönderme yapmakla yetiniyoruz²⁴⁵.

SONUÇ

İş sözleşmesinin sona ermesi, özellikle iş sözleşmesinin feshi hem Yargıtay kararlarında hem de doktrindeki çalışmalarda en çok rastlanan konudur. Bu hem konunun pek çok olasılığı barındırmasından hem de öneminden kaynaklanır. Özellikle, taraflar bakımından sonuçları düşünüldüğünde, bildirim süresine uyulması gerekmemesi ve kıdem tazminatı, işsizlik ödeneği gibi kayıplardan dolayı İşK. m. 24/II, İşK. m. 25/II’de yer alan “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlıklı haklı nedenlerin tespiti ayrı bir önem arz eder. Çalışmamızda da bu haklı nedenler incelenmiş; ancak konu daha önceki çalışmalardan farklı bir bakış açısıyla da değerlendirilmiştir. Doktrinde haklı nedenler incelenirken, buradaki eylemlerin suç teşkil edebileceği belirtilir. Ancak bunun haklı nedenle fesih için bir gereklilik olmamasından dolayı, bir suç açıkça haklı neden olarak sayılmadıkça söz konusu nedenin suç teşkil edip etmeyeceği değerlendirmesinde bulunulmamıştır. Ama biz çalışmamızda haklı nedenleri suç niteliği taşıması yönüyle de incelemiş ve bu doğrultuda İşK. m. 24/II ve m. 25/II’i tek tek ele almış bulunuyoruz.

Bir eylemin haklı neden sayılabilmesi için onun suç niteliği taşıması ve suç niteliği taşıyorsa bununla ilgili bir mahkûmiyet kararı verilmesi gerek-

²⁴⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 233, Öktem Songu, Sataşma, s. 128. Mobbing (psikolojik taciz) ile ilgili ayrıntılı bilgi (anlam, örnekler, yargı kararları vb.) için bkz. II. A. 3. İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması.

²⁴⁵ Bkz. III. A. 3. İşçinin Cinsel Tacizde Bulunması

mez. Ancak buna rağmen özellikle TCK'da açıkça suç olarak düzenlenen kavramlar bakımından haklı nedenlerin ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile bağlantılı olarak ele alınması gereklidir. Çünkü bu kavramlar iş hukukuna ait değildir ve anlamlandırıp hükümlerin uygulanması açısından ceza hukuku ve mevzuatı doğrultusunda inceleme yapmak gerekir. Bunun yanı sıra, haklı neden bakımından ceza mahkemesi kararı aranmıyor ya da verilen bir beraat kararı ile bağlı olunmuyorsa da, iş mahkemesi hâkimi, elindeki somut olayla ilgili maddi gerçekler söz konusuysa ceza mahkemesi kararlarını dikkate almak zorundadır.

Ayrıca çalışmamızda haklı nedenlerin suç teşkil edip etmediğinin incelenmesi, esas olarak işçinin ve işverenin suçu bildirme yükümlülüğü bakımından önem arz eder. Suçu bildirme yükümlülüğünün haklı nedenle fesih konusunda iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak, haklı neden sayılan bir eylemin suç teşkil ettiğinin tespiti, suçu bildirmeme suçunun ihlal edilmemesi bakımından önemlidir. Zaten bu doğrultuda haklı neden olarak sayılan eylemlerin hangi suçlara karşılık gelebileceğini tek tek ele almaya çalıştık. Ama konu başlığımız bakımından bir diğer önemli husus, suçu bildirme yükümlülüğünün, suç niteliği taşıyan bir eylem karşısında işçi ve işverene iş ilişkisinde yaşatabileceği zorluklardır.

Durumu ilk olarak işveren açısından ele aldığımızda, işçinin faili olduğu bir suç bakımından işverenin iş sözleşmesini feshetmemesi ya da geçerli nedenle feshedebilmesi seçeneği varken, suçu bildirme yükümlülüğü sebebiyle işçiyi ihbar etmek zorunda kaldığından, işverenin haklı nedenle feshe başvurması adeta bir zorunluk haline gelmiştir. Zira ihbar edilen bir işçi ile iş ilişkisini güven içinde, zarar görmeden sürdürülebileceğini düşünmek hayatın olağan akışına uymayacaktır.

Suç bildirme yükümlülüğü, iş ilişkisindeki konumu gereği işçiyi işverene göre daha zor bir duruma sokacaktır. İşçi, işvereni/işveren vekilini ya da bir diğer işçiyi ihbar ettikten sonra artık karşılıklı güven ilişkisi içinde çalışılması mümkün olmayacağından, dahası ihbar ettiği kişiler karşısında fiziksel ya da ruhsal (mobbing, sataşma gibi) açılardan tehlike altında olabileceğinden iş sözleşmesini derhal feshetmek zorunda kalacaktır. Ama işçi her şeyi göze alıp iş sözleşmesini derhal feshetmese de, ilerleyen süreçte İşK. m. 18/III-c'de **“mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılma”** nın geçerli sebep olmayacağı belirtilmesine rağmen iş sözleşmesi işverence çeşitli nedenlerle sona erdirilebilecek ya da işçi işyerinde yaşadıklarına dayanamayıp somut olaya göre haklı nedenle derhal ya da süreli fesih yoluyla iş sözleşmesini sona erdirebilecektir. Sonuç olarak işçinin suçu bildirme/

ihbar yükümlülüğü karşısındaki bu zor durumu gidermek için kabul edilmiş İşK. m. 18/III-c yeterli olmayacaktır. İşçinin suçu bildirme yükümlülüğü karşısında yaşayacağı zor durumlar sadece belirttiğimiz mobbing, sataşma ya da iş sözleşmesinin sona ermesiyle de sınırlı değildir. İşçi, işvereni/işveren vekilini ya da bir diğer işçiyi ihbar etmesi sebebiyle fışlenip yeni iş bulmakta da zorlanabilecektir. Bu sebeple her ne kadar haklı nedenle fesih işçinin sorunları için tam bir çözüm olmasa da işçiye tehlikelere karşı bir kaçış yolu sunmuş olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Albayrak Gül**, Hande: “İşçinin Sadakat Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, C.11, Sayı: 141-142, ss. 121-197.
- Alp**, Mustafa: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü”, Polat SOYER’e Armağan, DEÜHFD, Yıl: 2013, C. 15, Özel Sayı, 2014, ss. 385-422.
- Alp**, Mustafa: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 175-257, (Değerlendirme).
- Alp**, Mustafa: Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi (Whistleblowing), Beta Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2013, (Whistleblowing).
- Alpagut**, Gülsevil: “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, Sicil İHD, Yıl: 7, S. 25, Mart 2012, ss. 23-32.
- Arı**, Mehmet: “İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 115, 2016, ss. 58-63.
- Arslan Durmuş**, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Arslan Ertürk**, Arzu: Türk İş Hukuku’nda Sadakat Borcu, Doktora Tezi, İstanbul 2007.
- Arslantürk**, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2017.
- Astarlı**, Muhittin: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 211-383.
- Atabek**, Reşat: İş Akdinin Feshi, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1938,
- Aydın**, Ufuk: “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2002-2003, ss. 79-100.
- Aydın**, Ufuk: İş Hukuku’nda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002.
- Bakırcı**, Kadriye: “İşçilerin Üçüncü Kişilerin Saldırısına Uğramaları Halinde İşverenin Sorumluluğu”, Karar İnceleme, Çimento İşveren Dergisi, C. 14, S. 3, 2000, ss. 29-31, (İnceleme).

- Bakırcı**, Kadriye: İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Baycık**, Gaye: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018, ss. 7-355.
- Bayram**, Fuat: “Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Legal İSGHD, Yıl: 2007, C. 4, S. 14, ss. 551-574.
- Baysal**, Ulaş: İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebep İle İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2011.
- Bedük**, Mehmet Nusret: “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, C. 27, S. 3, ss. 679-726.
- Bilgili**, Abbas: İş Hukuku Açısından İş Yerinde Cinsel Taciz, Karahan Kitabevi, Adana, 2010.
- Birben**, Erhan: “İşçinin Özel Yaşamı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2016, ss. 135-169.
- Büyükkılıç**, Gül: “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi, ”, Legal İSGHD, Yıl: 2012, C. 9, S. 33, ss. 89-160.
- Bozbel**, Savaş/Palaz, Serap: "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Sonuçları" TİSK Akademi, Yıl: 2007/I, C. 2, S. 3, 2007 /I, ss. 66-81.
- Caniklioğlu**, Nurşen: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2019, ss. 185-368.
- Centel**, Tankut, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Sicil İHD, Yıl: 6, S. 24, Aralık 2011, ss. 13-18.
- Çelik**, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 31. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2018.
- Demir**, Fevzi: İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, Albi Yayınları, İzmir, Eylül 2018.
- Dişel**, Buse: “Ceza Mahkemesinin Mahkûmiyet Kararının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi ve Bekletici Sorun Yapılması”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan I, İzmir, 2010, DEÜHFD, Yıl: 2009, C. 11, Özel Sayı1, ss. 183-224.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku

- Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 7-145.
- Döner**, İsa: “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, AÜEHFD, Yıl:2005, C.: IX, S. 3-4, ss. 63-94.
- Engin**, Murat: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2017, ss. 131-193.
- Erdem**, Mustafa Ruhan: “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, TBB Dergisi, S. 80, 2009, ss. 105-120.
- Erdem**, Mustafa Ruhan/**Parlak**, Benay: “Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing”, TBB Dergisi, S. 88, 2010, ss. 261-286.
- Erdoğan**, Canan: Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Erem**, Faruk: “Ceza Hukuku’nda Meslek Sırrı”, AÜHFD, C. 1, S. 1, 1943, ss. 35-72, (Meslek Sırrı).
- Erem**, Faruk: “Avukatlık Sırrı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1969, S. 5, ss. 838-841.
- Ergin**, Hediye: “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, Sicil İHD, Yıl: 2015, S. 34, ss. 71-87.
- Erkanlı Başbüyük**, Betül: “İş Görmekten Kaçınma Sebebi Olarak İşyerinde Cinsel Taciz”, Legal İSGHD, Yıl: 2019, C. 16, S. 61, ss. 127-180, (Cinsel Taciz).
- Erkanlı Başbüyük**, Betül: Tarafların İş sözleşmesinin Yapılması Sırasındaki Hak ve Yükümlülükleri, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart 2015.
- Ertürk**, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2002.
- Eyrenci**, Öner: “İşe Girişte Personel Seçimi İle İlgili Hukuki Sorunlar”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, Bayrak Matbaacılık, 1991, ss. 239-262.
- Eyrenci**, Öner/**Taşkent**, Savaş/**Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Mart 2019.
- Gerek**, Nüvit: “İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-Usulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih”, Kara Tahta İş Yazıları Dergisi, Yıl: 2015, S. 2, ss. 1-17.

- Giyik**, Abdülbaki: “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 2, 2014, ss. 175-214.
- Güzel**, Ali: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Kamu-İş, Ankara, Ekim 2012, ss. 133-284.
- Güzel**, Ali/**Ertan**, Emre: “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İSGHD, Yıl: 2007, C. 4, S. 14, ss. 509-549.
- Güzel**, Ali/**Ertan**, Emre: “İşyeri Sendika Temsilcisine Yönelik Psikolojik Taciz ve Kötüniyet Tazminatı (Karar İncelemesi)”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/1, S. 16, (İnceleme), ss. 149-170.
- Hafizoğulları**, Zeki/**Acar**, Bülent Hayri: “Suçu Bildirmeme Suçları”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2016, C. 2, S. 1, ss. 179-198.
- Hüseyinli**, Namık/**Aslan Atabay**, Hatice: “Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, C. 8, S. 2, ss. 603-636.
- Işık**, Göksu: “Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 7, Aralık 2017, ss. 163-187.
- Kapancı**, Kadir Berk: “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, C. 7, S. 1, ss. 511-552.
- Keser**, Hakan: “İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep”, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2016.
- Kitapçioğlu Yüksel**, Tülay: “Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme Yükümlülüğü Altındaki Kişilerin Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi, CHD, Yıl: 13, S. 38, Aralık 2018, ss. 193-215.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim, 2019.
- Kocaoğlu**, Serhat Sinan: Hakaret Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2019.
- Kocasakal**, Ümit: Suçu Bildirmeme Suçları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Temmuz 2017.
- Kolcu**, Selahattin: Suçu Bildirmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2016.

- Köseoğlu**, Ali Cengiz: İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Limoncuoğlu**, Alp: “İşçinin İş Sözleşmesini Psikolojik Tacize Dayalı Olarak Haklı Nedenle Feshinde Hak Düşürücü Sürenin Başlangıcı (Karar İncelemesi)”, Polat SOYER’e Armağan, DEÜHFD, Yıl: 2013, C. 15, Özel Sayı, 2014, ss. 547-571.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara, Eylül 2019.
- Narmanlıoğlu**, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Beta Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul, Aralık 2014.
- Odaman**, Serkan: “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim-2002, S. 274, ss. 40-43, (İşçinin İşvereni Yanıltması).
- Odaman**, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı”, Ankara, 2003, (Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerleri).
- Odaman**, Serkan: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Kamu-İş, Ankara, Kasım 2013, ss. 131-234.
- Okur**, Zeki: İş Hukuku’nda Elektronik Gözetleme, Legal Kitapevi, İstanbul, Ekim 2011.
- Öktem Songu**, Sezgi: “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak ‘Sataşma’”, Sicil İHD, Yıl: 2018, S. 39, ss. 113-145, (Sataşma).
- Öktem Songu**, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, Polat SOYER’e Armağan, DEÜHFD, Yıl: 2013, C. 15, Özel Sayı, 2014, ss. 609-650, (İfade Özgürlüğü).
- Öktem Songu**, Sezgi: “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, Sarper SÜZEK’e Armağan, C. I, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, ss. 1057-1098.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2019, (Ceza Muhakemesi).
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Özel Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2019.

- Özbek**, Veli Özer/**Meraklı**, Serkan: “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Dr. Dr. h. c Silvia TELLENBACH’a ARMAĞAN, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2018, ss. 1157-1176.
- Özen**, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim 2017.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan ve Diğerleri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2019.
- Savaş**, F. Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, Beta Yayıncılık, 2012.
- Savaş Kutsal**, F. Burcu: “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, Toprak İşveren Dergisi, Yıl: 2015, S. 105, Mart 2015, (Makale Formatı), ss. 1-14, (www.toprakisveren.org.tr/140-isyerinde-Psikolojik-Taciz-MOBBING.Makale, E.T.: 11.09.2020).
- Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, Prof. Dr. Cemal MIHÇIOĞLU’na Armağan, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 1997, C. 52, ss. 367-386, (Bilgisayar Bakımından İşçinin Kişilik Hakları).
- Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2017, (İş Hukuku).
- Senyen Kaplan**, Emine Tuncay: Mukayeseli İş Hukukunda İşçinin Kişilik Haklarının Bilgisayarda Toplanan Verilere Karşı Korunması, Kamu İş Dergisi, Yıl: 1999, S. 4, ss. 367-386.
- Sungurtekin Özkan**, Meral: “Avukatlık Meslek Sırrının Anlam ve Önemi”, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu, Ankara 2000, ss. 331-338.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2019.
- Şen**, Sabahattin: “Psikolojik Taciz ve İş Kanunu Boyutu”, Çimento İşveren Dergisi, Yıl: 2009, C. 23, S. 5, ss. 46-68.
- Taşkent**, Savaş/**Kurt**, Dilek: “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, S. 40, ss. 29-50.
- Taşkın**, Ahmet: “İşyerinde Mobbingin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/1, ss. 221-258.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

- Törenli Çakıroğlu**, Maral: “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, DEÜHFD, Yıl: 2010, C. 12 S. 2, ss. 159-181.
- Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016.
- Ünal**, Canan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin İşçinin Kişiliğini Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, Yıl: 2013, C. 10, S. 37, ss. 33-73.
- Ünlü**, Vahap: “İş Başvurusu Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması”, Sicil İHD, Yıl: 4, S. 14, Haziran 2009, ss. 276-283.
- Ünver**, Yener: İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2016.
- Yağlıdere**, Umut Emre: “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (Türk Ceza Kanunu m. 280), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Haziran 2018, ss. 59-79.
- Hüseyinli**, Namık/**Aslan Atabay**, Hatice: “Psikolojik Tacizin İçtihatlar Işığında Uygulamadaki Yeri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, C. 8, S. 2, ss. 603-636.
- Yamakoğlu**, Efe: Bilişim Teknolojilerinin Kullanımının İş Sözleşmesi Taraflarının Fesih Hakkına Etkisi, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2020.
- Yurtcan**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Yürekli**, Sabahattin: Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2016.
- Yokuş Sevük**, Hande: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2018.

KİRA HUKUKUNA İLİŞKİN ÖRNEK KARARLAR IŞIĞINDA MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE’NİN NİZÂMİYE MAHKEMELERİ UYGULAMASI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.911824>

Arş. Gör. Aslıhan NESLİ^{,**}*

Öz

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Osmanlı Devleti tarafından Tanzimat döneminde çıkarılan ve bazı İslâm özel hukuku hükümlerinin Hanefî mezhebinin görüşleri doğrultusunda derlendiği bir kanun kitabıdır. Osmanlı Devleti Mecelle’ye kadar İslâm hukuku kurallarını, fıkıh kitapları ve buradaki hükümlerin somut uygulamalarını gösteren fetva kitapları çerçevesinde tatbik etmiştir. Mecelle’yle birlikte fıkıh kitaplarındaki hükümler bir kanun şeklinde tedvin edilmiş ve mahkeme hâkimlerinin uygulamasına sunulmuştur. Bu çalışmada Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’nin nizâmiye mahkemelerindeki uygulaması, kira hukuku ile sınırlı olmak üzere, araştırma konusu yapılmaktadır. Söz konusu mahkeme kararları incelendiğinde, genel anlamda Mecelle’nin uygulamada etkin bir kanun olduğunu ve hüküm tesisinde hâkimler tarafından dikkate alındığını belirtmek mümkündür. Bunun yanında Temyiz Mahkemesi hâkimleri örf, kıyas gibi hukukun diğer kaynaklarından yararlanmak sûretiyle Mecelle’nin uygulama alanını genişletmişlerdir.

Anahtar Kelimeler

Mecelle, Tanzimat, Nizamiye Mahkemeleri, Kira (İcâre) Akdi, Osmanlı Kira Hukuku, Ceride-i Mehâkim

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı (e-posta: aslihanes@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2342-635X> (Makalenin Geliş Tarihi: 10.03.2021) (Makale Gönderilme Tarihi: 15.03.2021/Makale Kabul Tarihi: 07.04.2021)

** Bu makale, Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin “Doktora tezinin sonuçlandırılması” başlıklı 23’üncü maddesinin 7’nci fıkrası uyarınca mezuniyet şartı olan “tezi ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması” şartını sağlamak üzere hazırlanmıştır.

IMPLEMENTATION OF MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE IN NİZAMİYE COURTS IN THE LIGHT OF SAMPLE DECISIONS REGARDING TO RENTAL LAW

Abstract

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye is a law book that was issued by the Ottoman State in the Tanzimat period and compiled some Islamic private law provisions in line with the views of the Hanefî doctrin/school. Until Mejelle, the Ottoman State applied the rules of Islamic law within the framework of fiqh books and fatwa books showing the concrete applications of the provisions here. Together with Mejelle, the provisions in the fiqh books were prepared as a code and presented to the implementation of the court judges. In this study, the implementation of Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye in Nizamiye courts is the subject of research, limited to sample decisions of rental law. When the court decisions in question are examined, it is possible to state that Mejelle is an effective law in practice in general and it is taken into consideration by the judges in the establishment of the judgment. In addition, the judges of the Court of Appeal had expanded the application area of Mejelle by making use of other sources of law such as custom and analogy.

Keywords

Mejelle, Tanzimat, Nizamiye Courts, Contract of Rent (İcare), Ottoman Rental Law, Ceride-i Mehakim

GİRİŞ

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Türk Hukuk Tarihi alanındaki önemine binaen, hakkında çok sayıda çalışma bulunan konuların başında gelmektedir. Literatürde yer alan çalışmaların birçoğu Mecelle'nin teknik/teorik kısımlarına dikkati çekmekte olup, söz konusu kanunun uygulamadaki görünümü biraz daha geri plânda kalmıştır. Esasen bu durum kanunun uygulamada etkin bir rol üstlenip üstlenmediği yahut mahkeme hâkimleri tarafından hüküm tesisinde ne derece dikkate alındığı hususları bakımından zihinlerde bir soru işareti bırakmaktadır. Bu çalışmanın amacı, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin uygulamadaki görünümünü mahkeme kararları ışığında ortaya koymaktır. Bu doğrultuda yararlanılan kararlar, Tanzimat döneminde kurulan “nizâmiye mahkemeleri”ne aittir.

Çalışmada öncelikle, Mecelle ve kira (icâre) akdine ilişkin genel nitelikte bilgiler verilmekte olup, daha sonra nizâmiye mahkemelerinin gelişim süreci ve görev alanları belirtilmekte ve örnek davalar ışığında Mecelle'nin uygulanmasına ilişkin hususlar değerlendirme konusu yapılmaktadır. Çalışmanın kapsamını sınırlamak adına kira akdinin Mecelle'de düzenlenen ve sekiz bölüm ile 207 maddeden oluşan hükümleri inceleme konusu dışında bırakılmıştır. Bu yönüyle çalışma, kanunun teorik nitelikteki hükümlerinden ziyâde, uygulamadaki görünümünü ön plâna çıkarmayı amaçlamaktadır.

I. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE VE KİRA (İCÂRE) AKDI

A. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin Ortaya Çıkışı ve Önemi

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Osmanlı Devleti tarafından Tanzimat döneminde¹ çıkarılan ve bazı İslâm özel hukuku hükümlerinin² Hanefî mezhe-

¹ Tanzimat devri, hukuk alanında yeni düzenlemelerin yapıldığı bir dönem olmuştur. Osmanlı Devleti'nde Batı hukukundan kanun iktibaslarının başlaması, hukuk alanında ikililiği de beraberinde getirmiştir. Bu dönemde yerli-millî kanun çalışmalarının varlığı da dikkati çekmektedir. Bu dönemle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozkurt**, Gülnihâl: Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996, s. 48 vd; **Üçok**, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Tamamen Yenilenmiş 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 287 vd; **Aydın**, M. Âkif: Türk Hukuk Tarihi, Tıpkı 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 419 vd; **Cin**, Halil/**Akyılmaz**, Gül: Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2015, s. 541 vd.; **Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, 3. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2014, (Osmanlı), s. 541 vd. Dönemle ilgili bilgi ve literatür için bkz. **Şentop**, Mustafa: “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, 2005, s. 647-672.

binin görüşleri doğrultusunda derlendiği bir kanun kitabıdır³. Osmanlı Devleti Mecelle'ye kadar İslâm hukuku kurallarını, fıkıh kitapları ve buradaki hükümlerin somut uygulamalarını gösteren fetva kitapları çerçevesinde tatbik etmiştir. Bu kapsamdaki kaynaklar, şer'iyeye mahkemesi hâkimleri (kâdılar) tarafından kendilerine başvurulana birer kanun işlevi görmüşlerdir⁴. Mecelle'yle birlikte fıkıh kitaplarındaki hükümlerden bir bölümü kanun şeklinde tedvin edilmiştir. Bu açıdan Mecelle'nin incelenmesi, sadece Osmanlı Devleti'nin son döneminde çıkarılan bir kanunun incelenmesi olmayıp, yüzyıllar boyu uygulanan İslâm medenî hukukunun da araştırılması anlamına gelmektedir⁵.

Mecelle'nin ortaya çıkmasında etkili olan çeşitli sebepler bulunmaktadır. Batı hukukunda devam eden kanunlaştırma hareketleri⁶; yabancı devletlerin, ülke içindeki gayrimüslimleri öne sürerek yeni mahkemeler kurma ve yeni kanunlar çıkarma hususunda Osmanlı Devleti üzerinde baskı oluş-

² Mecelle hükümlerinin dayanakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karakoç**, İrem: "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ve Hukukun Kaynakları", İÜHF, S. 75, 2017, s. 491 vd.

³ Mecelle, hükümleri açısından şer'î hukuk, şekil açısından örfî hukuk kapsamında yer almaktadır. Nitekim devlet başkanı kendine tanınan yasama yetkisi çerçevesinde, mevcut içtihatlardan birini tercih etmiş ve Mecelle, Hanefî ekole ait hükümlerden yararlanılarak hazırlanmıştır (**Kaşıkcı**, Osman: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul, 1997, s. 24). Bu dönemdeki diğer kanunlaştırma faaliyetleri hakkında bkz. **Esirgen**, Seda Örsen: "Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri, Adalet Dergisi", S. 62-63 (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı), 2019, s. 435 vd.

⁴ Konuyla ilgili bkz. **Aydın**, Mehmet Âkif: "Mecelle'nin Hazırlanışı", Osmanlı Araştırmaları IX, (Ed. Halil İnalçık, Nejat Göyünç ve Heath W. Lowry), İstanbul, 1989, (Mecelle), s. 34; **Akman**, Mehmet: Mecelle'de Âriyet Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1989, s. 2. Serahî'nin *el-Mebsût*, İbrahim Halebi'nin *el-Mültekâ'l-Ebhur*, Kudûri'nin *el-Muhtasar*, Merginani'nin *el-Hidâye*, Molla Hüsrev'in *el-Gurer* ve *ed-Dürer* adlı eserleri, Osmanlı hukukunda önemli bir yere sahip idi (**Akman**, s. 2). Fatih Sultan Mehmet devrinden Kanunî Sultan Süleyman'a kadar Molla Hüsrev'in *Düreri'l-Hükkâm fi Şerh Gureri'l-Ahkâm* adlı eseri, Kanunî devrinden Mecelle'ye kadar ise İbrahim Halebi'nin *Mültekâ'l-Ebhur* eseri, kâdılarının en çok kullandıkları kaynaklar olmuştur. Bu bakımdan söz konusu eserler, âdeta yarı-resmî bir yürürlük kaynağı kabul edilmişlerdir (**Aydın**, Mecelle, s. 34).

⁵ **Kaşıkcı**, s. 34.

⁶ Mecelle ile Batı hukukundaki kanunlaştırma hareketlerinin etkenleri birbirinden farklıdır. Batı ile Osmanlı Devleti'ndeki kanunlaştırma hareketlerinin etkenleri hakkında karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, C. 1, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1959, s. 62-64.

turmaları⁷; Fransız büyükelçisi Bourée'nin çabası ve bazı devlet adamlarının desteği ile Fransız Medenî Kanunu'nun (Code Civil)⁸ tercüme edilerek kabul edilmesi fikrinin kuvvet kazanması, Mecelle'yi doğuran dış sebepler arasında yer almaktadır. Tanzimat döneminde kurulan ticaret mahkemeleri ve nizâmîye mahkemeleri hâkimlerinin, hükümlerin tespit edilip uygulanması noktasında İslâm hukukuna yeterince vâkıf olamamaları⁹; şer'iyeye mahkemesi hâkimlerinin fıkıh kitaplarından hüküm çıkaracak yeterli ehliyete sahip

⁷ Ahmet Cevdet Paşa'nın konuyla bağlantılı şu ifadeleri dikkat çekicidir: "...Ecebiler mahakim-i şer'iyeye gitmek istemez, müslim aleyhinde gayrimüslimin ve zimmi (gayrimüslim tebaa) aleyhinde müste'minin (memleketimizde ikamete mezun ecnebi) şahadeti şer'an istima olunmamak meselesi ise Avrupalıların nazarına pek ziyade çarpar olduğundan Hristiyanların mahakim-i şer'iyede muhakemelerine itiraz eder oldular. Bundan dolayı bazı zevat Fransa kanunları Türkçe'ye tercüme olunup da mahakim-i nizamiyede anlar ile hükümlenmek fikrine sahip oldular. Halbuki bir milletin kavanin-i esasiesini böyle kalb ve tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından..." (**Ebül-ulâ Mardin**: Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, 2. Baskı, Mardin Valiliği, İstanbul, 2011, s. 35).

⁸ Fransa'da Napoléon Bonapart döneminde 1804 yılından itibaren "Cing Code" adı verilen ve beş kanundan oluşan kanunlar mecmuası kabul edilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda 21 Mart 1804'te Medenî Kanun, 24 Nisan 1806'da Hukuk Muhâkemeleri Usûlü Kanunu, 28 Ağustos 1807'de Ticaret Kanunu ve 20 Nisan 1810'da Ceza Kanunu ve Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu kabul edilmiştir. Toplam 2281 madde içeren Fransız Medeni Kanunu (Code Civil/Code Napoléon), bir giriş ile kişiler, mallar ve mülkiyetin kazanılmasına ilişkin üç kitaptan oluşmaktadır. Fransız İhtilâli'nin etkisiyle Kanun'da hâkim olan düşünce, "ferdiyet" ve "mülkiyet serbestisi" idi. Aynı zamanda Kanun'da geniş ve zengin bir örf-âdet hukuku hâkimdi. Bu Kanun, zamanında birçok ülke tarafından örnek alınmıştır (**Gür**, Refik: Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayinevi, İstanbul, 1993, s. 23-24). Code Civil'in Mecelle'nin tedvinine vesile olduğu bilgisi için bkz. Gür, s. 96.

⁹ Dönemin şartları gereği söz konusu mahkemelerin başkanları dışındaki üyeleri hukukçulardan oluşmaktaydı. Özellikle ticaret mahkemeleri bakımından, 1850 Ticaret Kanunnâmesi uygulanırken, rehin, vekâlet, kefâlet gibi konularda medenî hukuk hükümlerine ihtiyaç duyulmaktaydı. Hukukçu olmayan mahkeme üyelerinin, İslâm hukuku hükümlerini Arapça yazılmış fıkıh kitaplarından bulup uygulaması ise imkânsıza yakın bir durumdu. Bu nedenle söz konusu üyelerin de anlayabileceği tarzda bir medenî kanun ihtiyacı ortaya çıktı. Mecelle, Türkçe ve açık bir üslupla kaleme alınması bakımından dönemin hâkimlerinin ihtiyaçlarını karşılamıştır (**Aydın**, Mecelle, s. 35-37). Mecelle'nin esbâb-ı mücibe mazbatasında yer alan şu ifadeler, aslında bu mahkemelerdeki hâkimlerin güvenilirliği konusunda endişelerin bulunduğuna işaret etmektedir: "...mecâlis-i temyiz azâsı ise, mesâil-i fihkiyyeye müttali olmadıklarından güya hâkim efendiler kavânin ve nizâmât-ı mevzuanın haricinde olarak müraafatı istedikleri kalıba döküyorlar nazarıyla bakıp birtakım suizanlara zihab ile güft-ü güya bâis oluyorlar..." (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Esbâb-ı Mücibe Mazbatası, Düstur, 1. Tertip, C. 1, 1289, s. 22)

bulunmamaları¹⁰; fıkıh kitaplarında yer alan içtihatlardan hangisinin tercih edileceği hususunda tereddüt yaşanması¹¹ ve zamanın değişimi ile hükümlerin de değişme zaruretinin ortaya çıkması¹², Mecelle'yi doğuran iç sebepler arasındadır¹³.

Mecelle, yabancı hukuk sistemlerinden kanun iktibasının yaygınlaştığı bir dönemde, *yerli kanun*¹⁴ sıfatı ile çıkarılması bakımından önem taşımaktadır¹⁵. Nitekim o dönemde Fransız hukuk sisteminden ticaret hukuku ve

¹⁰ Esbâb-ı mücibe mazbatasında, yetenekli hâkimler bulmanın zorluğuna şu ifadelerle işaret edilmiştir: "...şimdi ise her tarafta ulûm-ı şer'iyeye mahâretli zevâta nedret geldiğinden mehâkim-i nizâmiyede lede'l-îcâb kütüb-i fikihiyyeye müracaatla hall-i şübhe edebilecek azâ bulundurmamak şöyle dursun memalik-i mahrûsede kâin bu kadar mehâkim-i şer'iyeye kâfi kudât bulmak müşkil olmuştur..." (Düstur, 1. Tertip, C. 1, s. 24).

¹¹ Tanzimat döneminden önce, Hanefî mezhebindeki farklı görüşlerden en kuvvetli görüşün (esahh-ı akvâl) seçilmesi ve uygulanması esası hâkimdi. Fakat bu görüşlerden hangisinin en kuvvetli görüş olduğunu bulmak her zaman kolay olmamaktaydı. Her ne kadar konuyla ilgili müftülerden yardım istemek yahut derlenmiş fetva kitaplarından yararlanmak mümkün olsa da, bunlar en sahih görüşleri bir araya getiren resmi bir kanun metninin kullanım kolaylığı ve kesinliğine sahip değildi (Aydın, s. 41). İşte Mecelle'nin çıkarılış gayelerinden biri de farklı görüşlerden uzak, kolaylıkla uygulanabilen bir kanun metni ortaya koymak idi. Buna ilişkin esbâb-ı mücibe mazbatasında yer alan ifadeler şu şekildedir: "...Binâen alâ zâlik ihtilâfâtan âri ve yalnız akvâl-i muhtâreyi hâvi olmak üzere muâmelât-ı fıkha dair sehlû'l-me'haz bir kitap yapılsa herkes kolaylıkla mütâlaa ederek muamelâtını ona tatbik ve böyle mazbut bir kitap olduğu hâlde nâib efendilere azim faydası olacağı gibi mecâlis-i nizâmiye azâsıyla emr-i idarede bulunan memurîn dahi bi'l-mütâlaa mesâil-i şer'iyeye intisâb ile lede'l-îcâb işlerini vüs'ları meretebe şer-i şerîfe tevfiik ederler..." (Düstur, 1. Tertip, C. 1, s. 24)

¹² Mecelle'nin esbâb-ı mücibe mazbatasında buna işaret edilmiştir: "...kaldı ki tebeddül-i âsâr ile örf ve âdete mübteni olan mesâil-i fikihiye dahi tebeddül eder..." (Düstur, 1. Tertip, C. 1, s. 23).

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaşıkçı, s. 41 vd.; Aydın, Mecelle, s. 35-44; Akman, s. 3-5; Akgündüz, Ahmed: Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Mecelle Ta'dilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte), OSAV, İstanbul, 2017, s. 25-28.

¹⁴ Mecelle'nin kaynağına ilişkin çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Konuyla ilgili görüşler, Mecelle'nin Roma hukuku kaynaklı; Fransız Medeni Kanunu kaynaklı ve İslâm hukuku kaynaklı olduğu şeklinde üç ana başlık altında toplanabilmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aykanat, Mehmet: Mecelle'de İş Akdi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2011, s. 15.

¹⁵ Karahasanoğlu, Mecelle'nin dönemin şartlarının gereği olarak, tüm Osmanlı tebaasına ve Osmanlı ülkesindeki yabancı devlet tebaasına uygulanmak üzere çıkarıldığını belirterek, bu metnin Osmanlı ulus devletini oluşturma çabaları içinde, Osmanlı vatandaşlığı gözetilerek hazırlanmış bir kanun olduğuna dikkat çekmiştir (Karahasanoğlu, Cihan Osmanağaoğlu: "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi", OTAM, S. 29, Bahar 2011, s. 117).

usûl hukukuna ilişkin kanunların iktibas edilmesi, medenî hukuk alanında da bir iktibas taraftarlığını ortaya çıkarmıştı¹⁶.

Mecelle heyeti 1868-1889 yılları arasında faaliyet göstermiş; “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye”yi, 1869-1876 yılları arasında tamamlamıştır. Bu bakımdan Mecelle, bir bütün hâlinde hazırlanmamış, her kitap hazırlandıkça irade-i seniyyesi alınarak yürürlüğe girmesi sağlanmıştır¹⁷.

Heyetin ilk faaliyeti, esbâb-ı mûcibe mazbatasını (kanunun çıkarılma sebepleri), kavâid-i külliyyeyi (genel kurallar) ve “Kitâbü'l-Büyû”u (satım akdi kitabını) hazırlamak oldu. Heyet söz konusu düzenlemeleri Meclis-i Vükelâ'ya 7 Muharrem 1286 (19 Nisan 1869) tarihinde sunmuş ve kabule dair irade-i seniyye 8 Muharrem 1286 (20 Nisan 1869) tarihinde alınmıştır. Mecelle'nin yargılama hukuku ile ilgili hükümler içeren son kitabı “Kitâbü'l-Kazâ” ise, 26 Şaban 1293 (16 Eylül 1876) tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸.

Mecelle, İsviçre Medenî Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'ndan iktibas edilen 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı “Türk Kanun-ı Medenîsi” ile 22 Nisan 1926 tarihli ve 818 sayılı “Borçlar Kanunu” yürürlüğe girene kadar varlığını muhafaza etmiştir¹⁹.

¹⁶ Özellikle Âli Paşa, Fuat Paşa ve Kabulî Paşa medenî hukuk alanında, Code Civil'in iktibas edilmesini istiyorlardı. Fuat Paşa “...Bugün Avrupa'nın bize arzylediği yeni müesseseler arasında İslâmlığın yüksek kaidelerine aykırı görülebilecek hiçbir şey yoktur.” ifadesiyle, bu iktibasın şer'î hukuka aykırı olmadığını vurguluyordu (Öztürk, Osman: Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul, 1973, s. 17; Akman, s. 4). Millî kanun hazırlanmasını savunanların başında ise, Ahmet Cevdet Paşa ve Şirvanizâde Rüşdü Paşa gelmektedir (Öztürk, s. 18). Konuyla ilgili Ahmet Cevdet Paşa'nın ifadeleri için bkz. Cevdet Paşa: Tezâkir, Tetimme, (haz. Cavid Baysun), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1986, s. 95. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Mardin, s. 46; Aydın, Mecelle, s 39 vd. Mecelle Cemiyeti üyeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, s. 20-31.

¹⁷ Aydın, Mecelle'nin bu şekilde parça parça yürürlüğe girmesinin o günün şartlarına uygun olduğunu, aksi takdirde daha önceki Metn-i Metin teşebbüsü gibi yarıda kamasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Nitekim yazara göre, Mecelle kitap kitap çıktıkça kendisini kabul ettirmiş ve aleyhindeki muhalefet gücünü kaybetmiştir (Aydın, Mecelle, s. 49-50). Mecelle çalışmaları ve tedvin süreci ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mardin, s. 45 vd; Kaşıkçı, s. 71 vd. Ayrıca bkz. Akgündüz, s. 28-30.

¹⁸ Mardin, s. 50, 106. İlerleyen süreçte Mecelle'de mevcut eksikleri gidermek üzere çeşitli çalışmalar yapılmış ise de bunların beklenen faydayı sağlayamaması üzerine 1916 yılında Mecelle Ta'dil Komisyonu kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akgündüz, s. 32 vd.

¹⁹ Aydın, M. Âkif: “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye” maddesi, DİA, C. 28, Ankara, 2003, (“Mecelle”), s. 234. Bu süreçle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt, s. 183-198.

B. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de Kira (İcâre) Akdi ve Genel Özellikleri

1. Genel Olarak

Mecelle’de kira hukukuna ilişkin hükümler, “Kitâbü’l-İcârât” başlıklı ikinci kitapta düzenlenmiştir. Mecelle heyeti tarafından 28 Kasım 1869’da Meclis-i Vükelâ’ya sunulan “Kitâbü’l-İcârât”, 6 Zilkade 1286 (7 Şubat 1870) tarihli irade-i seniyye ile yürürlüğe girmiştir²⁰.

İcâre, satım sözleşmesinden sonra en geniş işlenen sözleşme türlerinden biridir. Konuyla ilgili hükümler, Mecelle’nin 404 ile 611’inci maddeleri arasında yer almaktadır. Mecelle’de bütün akit türleri bakımından geçerli genel hükümler, satım akdi kitabında düzenlenmiştir. Bu nedenle kira akdine ilişkin genel hususlarda satım akdi hükümleri uygulanabilmektedir²¹.

İcâre kitabı, bir mukaddime (giriş) ile sekiz bâbdan (bölümden) oluşmakta, bölümler de kendi aralarında çeşitli kısımlara (fasıllara) ayrılmak-

Mecelle’nin yürürlükten kaldırılmasının siyasî ve hukukî sebepleri hakkında bkz. **Kaşıkçı**, s. 384-386.

²⁰ **Öztürk**, Mecelle, s. 50; **Mardin**, s. 68. İcâre kitabının mazbatası için bkz. **Öztürk**, s. 47; **Kaşıkçı**, s. 97-99. Mecelle’nin günümüz Türkçesi ile yazılmış metni için bkz. **İlhan**, Cengiz: Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 130 vd.

²¹ **Aykanat**, s. 15. İslâm hukukunda muâmelâtla ilgili konularda model akit niteliğinde kabul edilen akit türü, bey’ (satım) akdidir. Bundan ötürü bütün akit türlerinde geçerli olan genel hükümler, satım akdi başlığı altında yer almıştır (**Kelebek**, Mustafa: İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2014, s. 39). Ayrıca bkz. **Akman**, s. 8. Dolayısıyla kira akitlerine ilişkin genel nitelikteki hususlar bakımından da satım akdi hükümleri geçerli olmaktadır. Fıkıh kitaplarının icâre ile ilgili bölümlerinde söz konusu akit, tanım, mahiyet, tür, kuruluş, işleyiş ve sonuçları bakımından, İslâm borçlar hukukunun bey’ akdi modeliyle çizilen genel teorisine uygun olarak ele alınmıştır. Esasen icâre akdi geniş anlamda, menfaatin bir bedel karşılığı satımı olduğundan, bey’ akdi grubunda değerlendirilmekte ve icâredeki boşlukların bey’ akdi hükümleri ile doldurulması ilkesi benimsenmektedir. Bununla birlikte iki akit türü arasında teknik anlamda önemli farklar bulunmaktadır. Özellikle Hanefî ekolde menfaatin hukukî statüsünün ayndan çok farklı olması, icâre aktinin literatürde ayrı bir akit türü olarak ele alınması sonucunu doğurmuştur. Örneğin, satım akdi kapsamında yapılan bir alışverişte tam mülkiyet gerekmemekte iken, icârede sadece menfaate mâlik olma söz konusu olduğundan eksik mülkiyet bulunmaktadır. Dolayısıyla akdin yapısı satım akdine nispeten farklılık arz etmektedir (**Bardakoğlu**, Ali: “İcâre” maddesi, DİA, C. 21, İstanbul, 2000, s. 380. Satım akdi ile ortak uygulanabilecek hükümlere hıyâr-ı rü’ye (görme muhayyerliği), hıyâr-ı ayb (ayıp muhayyerliği), hıyâr-ı şart (şart muhayyerliği), fesih ve (şuf’a hariç) ikâle gibi konular örnektir (**Schacht**, Joseph: İslâm Hukukuna Giriş, (çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s. 160).

tadır. Bu bölümlerde düzenlenen kimi maddelerin altında, konuyu örnek-
lendiren yahut detaylandıran açıklamalar bulunmaktadır²².

İcâre kitabı kapsamında düzenlenen konu başlıklarını bir tablo şeklinde belirtmek mümkündür²³:

KİTÂBÜ'L-İCÂRÂT
MUKADDİME (GİRİŞ): İcâreye müteallık olan ıstılâhât beyanındadır (Kira sözleşmesi ile ilgili terimlere ilişkindir)
BÂB-I EVVEL (BİRİNCİ BÖLÜM): Zevâbıt-ı umûmiye beyanındadır (Genel hükümlere ilişkindir)
BÂB-I SÂNİ (İKİNCİ BÖLÜM): Akd-i icâreye müteallık mesâil beyanında olup dört faslı hâvîdir (Kira sözleşmesi ile ilgili meselelere ilişkin olup dört kısımdan oluşmaktadır)
Fasl-ı Evvel (Birinci Kısım): Rûkn-i icâre (Kira sözleşmesinin kurucu unsurları)
Fasl-ı Sâni (İkinci Kısım): İcârenin şerâit-i in'ikad ve nefazı (Kira sözleşmesinin kurucu şartları ve işlerliği)
Fasl-ı Sâlis (Üçüncü Kısım): Sihat-i icârenin şerâiti (Kira sözleşmesinin geçerlilik şartları)
Fasl-i Râbi' (Dördüncü Kısım): İcârenin butlan ve fesadı (Kira sözleşmesinin geçersizliği ve bozulabilirliği)
BÂB-I SÂLİS (ÜÇÜNCÜ BÖLÜM): Ücrete müteallık mesâil beyanında olup üç faslı hâvîdir (Ücretle ilgili meselelere ilişkin olup üç fasıldan oluşmaktadır)
Fasl-ı Evvel (Birinci Kısım): Bedel-i icâre (Kira bedeli)
Fasl-ı Sâni (İkinci Kısım): Ücretin sebab-i lüzûmu ve âcirin ücrete keyfiyet-i istihkâkı (Ücret ödeme gereği ve kiraya verenin ücrete hak kazandığı durumlar)
Fasl-ı Sâlis (Üçüncü Kısım): Ücret için ecîrin müste'cerun-fihî habs edip edememesi (İşçinin ücret için kendisine getirilen malı hapsedip edememesi)
BÂB-I RÂBİ' (DÖRDÜNCÜ BÖLÜM): Müddet-i icâre (Kira sözleşmesinde süre)
BÂB-I HÂMİS (BEŞİNCİ BÖLÜM): Hıyârât (Seçimlik haklar)
Fasl-ı Evvel (Birinci Kısım): Hıyâr-ı şart (Şart sebebiyle seçim hakkı)

²² Örneğin 449'uncu maddede "Me'curun tayini lâzımdır" denilerek, kira konusunun belirli olması gerektiği ifade edilmiştir. Maddenin hemen altında ise, "Binâenaleyh iki dükkândan biri tayin ve tahyîr edilmeksizin icâr olursa sahih olmaz" lafzı yer almış, geçerli bir kira akdi için seçilen malın (iki dükkândan hangisinin seçildiğinin) belirtilmesi gereğine işaret edilmiştir. Bkz. Mecelle, m. 449.

²³ Söz konusu tablo Mecelle'den yararlanılarak tarafımızca hazırlanmıştır.

Fasl-ı Sâni (İkinci Kısım): Hıyâr-ı rü'ye (Gördükten sonra seçim hakkı)
Fasl-ı Sâlis (Üçüncü Kısım): Hıyâr-ı ayb (Ayıp sebebiyle seçim hakkı)
BÂB-I SÂDİS (ALTINCI BÖLÜM): Me'curun enva' ve ahkâmı (Kiralananın türleri ve hükümleri)
Fasl-ı Evvel (Birinci Kısım): İcâre-i akâr (Taşınmaz kirası)
Fasl-ı Sâni (İkinci Kısım): İcâre-i urûz (Taşınır kirası)
Fasl-ı Sâlis (Üçüncü Kısım): İcâre-i Hayvan (Hayvan kirası)
Fasl-ı Râbi' (Dördüncü Kısım): İcâre-i âdemî (İnsan (emeği) kirası)
BÂB-I SÂBİ' (YEDİNCİ BÖLÜM): Ba'de'l-akd âcir ve müste'cirin vazife ve salâhiyetleri (Kiraya veren ve kiracının sözleşme sonrası görev ve yetkileri)
Fasl-ı Evvel (Birinci Kısım): Teslim-i me'cur (Kiralananın teslimi)
Fasl-ı Sâni (İkinci Kısım): Ba'de'l-akd âkideynin me'curda tasarrufları (Tarafların sözleşme sonrasında kiralanan üzerindeki tasarrufları)
Fasl-ı Sâlis (Üçüncü Kısım): Red ve iade-i me'cur (Kiralananın ret ve iadesi)
BÂB-I SÂMİN (SEKİZİNCİ BÖLÜM): Zamânât (Tazminatlar)
Fasl-ı Evvel (Birinci Kısım): Zamân-ı menfaat (Yararlanma karşılığı tazminat)
Fasl-ı Sâni (İkinci Kısım): Müste'cirin zamânı (Kiracının tazminat borcu)
Fasl-ı Sâlis (Üçüncü Kısım): Ecîrin zamânı (İşçinin tazminat borcu)

Mecelle'de kira hukukuna ilişkin aslî düzenlemeler, “icâre akdi” başlığı altında yer almakla birlikte, satım akdi kapsamında ele alınan “bey' bi'l-istiğlâl” de, bir *vefaen satış - kira* kombinasyonu örneği olması bakımından kısmen konuyla bağlantılı olmaktadır. Bey' bi'l-istiğlâl uygulamasında, geri almak şartıyla satılan bir mal, alıcı tarafından tekrar satıcının kendisine kralanmaktadır²⁴. Fakat bu akit türünde daha çok teminat olma niteliği ön plâna çıkmaktadır.

2. Kira Akdine İlişkin Temel Kavramlar

a. Akit

İslâm sözleşmeler hukukunun temel kavramlarından biri “akit”tir. Sözlükte, *bağlamak, düğümlemek, azmetmek, kesin karar vermek, kesinleştirmek* gibi birçok anlama gelen akit, bir hukuk terimi olarak *icap ile kabulün birbirine bağlanmasını* ifade etmektedir²⁵.

²⁴ Kelebek, s. 110.

²⁵ Arı, Abdüsselâm: “Mahiyeti Yansıtıp Yansıtılmaması Açısından Bazı Hanefî Kaynakları ve Muâsır İslâm Hukuku Eserlerindeki Akid Tanımları Üzerine Bir İnceleme”, İslam

Mecelle'nin 103'üncü maddesinde akit, “*tarafeynin bir hususu iltizam ve taahhüt etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir*” şeklinde tanımlanmıştır²⁶.

Hanefî hukukçulara göre, akdın rüknü (temel unsuru), onun yapısından bir parça teşkil eden *icap* ve *kabuldür*. Akdin varlık kazanması için tarafların irade beyanlarının, bir başka deyişle *icap* ve *kabulün* birbirine in'ikad etmesi (bağlanması) şarttır. Hanefîlerin dışındaki hukukçular ise, rükün kavramının kapsamını geniş tutmuşlar ve *icap*, *kabul*, *taraflar*, *akdin konusu* ve *bedeli* de akdın rükünleri kapsamına dâhil etmişlerdir²⁷. Akdin varlık kazanabilmesi için rüknü temel yapı taşı kabul eden Hanefî anlayış, *icap* ve *kabul* arasındaki bağlantının sahih/düzgün olmasını ise, diğer şartların (ör; tarafların ehliyetli olması) gerçekleşmesine bağlamıştır.

İslâm hukukunda akdın geçerlilik düzeyine ilişkin hususlar ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Buna göre bir hukukî işlemin aslı ve vasfı - bir başka deyişle rükün ve şartları - hukuka uygun ise, bu hukukî işlem *sahih/geçerli* olarak kabul edilmektedir. Rükün ve kurucu şartları hukuka uygun olup, diğer şartları hukuka uygun değilse, bu hukukî işlem *fâsîd* sayılmaktadır²⁸. İşlemin kurucu şartlarında bir eksiklik mevcut olması hâlinde ise, söz konusu işlem *bâtıl* olarak ifade edilmektedir. İslâm hukuku mezheplerinde, hukukî işlemin geçersizliğini belirten temel kavram “bâtıl” olmakla birlikte, Hanefîler, “fâsîd” kavramını da ekleyerek, hukukî işlemin geçersizlik düzeyinde bir derecelendirmeye gitmişlerdir.

b. İcâre

i. Tanım

İcâre, sözlük anlamıyla “iş karşılığı verilen şey, amelin ivazı” demektir. Bununla birlikte “kiralamak” anlamındaki mastar kullanımı daha yaygındır²⁹. İcârenin çoğulu ise, “icârât” kavramı ile ifade edilmektedir³⁰.

Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 26, 2015, s. 524-526. Ayrıca bkz. **Karaman**, Hayreddin: “Akid” maddesi, DİA, C. 2, İstanbul, 1989, s. 251 vd.

²⁶ Mecelle’de yer alan tanımın, akdın mahiyetini tam olarak yansıtmadığı görüşü için bkz. **Arı**, s. 530-531.

²⁷ **Karaman**, s. 253; **Arı**, s. 528-529. Ayrıca bkz. **Aydın**, Hukuk Tarihi, s. 381. Akit kavramının tek taraflı hukuki işlemleri kapsayıp kapsamadığına ilişkin hukukçular arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karaman**, s. 251-252. Ayrıca bkz. **Ekinci**, Osmanlı, s. 508.

²⁸ Konuyla ilgili bkz. **Schacht**, s. 131.

²⁹ **Bardakoğlu**, s. 379. “İcâre lügat-ı Arab’de ücret mânâsındadır. Fakat icâr mânâsında dahi isti’mâl olunmuştur” (Mecelle, m. 405); “Ücret, kira yani bedel-i menfaat ve icâr

İcârenin terim anlamı Mecelle'nin 405'inci maddesinde, *belirli bir menfaatin belirli bir bedel karşılığında satılması* şeklinde belirtilmiştir³¹.

Mezhep hukukçuları icâre akdini benzer şekillerde tanımlamışlardır. Hanefî mezhebinin temsilcilerinden Serahsî, icâre akdini, "*malî değeri olan bir bedel karşılığında yarar üzerine gerçekleşen bir akıt*" olarak ifade etmiştir³². Şâfiîlerde icâre akdi, "*bezl ve ibahaya kabiliyetli olan malum menfaat hakkında, malum bir ivazla yapılan akıt*" şeklinde tanımlanmıştır³³. Mâlikîlere göre icâre akdi, "*bir şeyin mübah olan menfaatini o menfaatten neşet etmeyen bir ücret karşılığında, belirli bir süreliğine başkasına temlik etmektir*"³⁴. Hanbelîler ise icâre akdini "*belirli bir ayndan belirli bir süreyle veya zimmette sabit olacak şekilde ya da belirli bir ücret karşılığı belirli bir amel yapma şeklinde peyderpey elde edilen malum, mübah bir menfaat üzere gerçekleşen akıt*" şeklinde ifade ederek biraz daha ayrıntılı bir tanımlama

kiraya vermek ve isticâr kira ile tutmak demektir" (Mecelle, m. 404). "İcâr" kiraya vermek; icâre "kira" anlamlarında kullanılmaktadır (**Türzkâde Hafız Mehmed Ziyâeddin Efendi**, Mükemmel Istılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası, (haz. Fethi Gedikli/İbrahim Enes Onat), On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 102). Dolayısıyla icârenin iki anlamı olduğu söylenebilir. Birincisi *ücret*; ikincisi ise kiralamak mânâsındaki *icârdır*. Burada ikinci anlam, birinci anlama *sebepe* olup, birinci anlam ise, *müsebbebdir* (**Ali Haydar Efendi**, Dürer'ül-Hükkâm Şerh-u Mecellet'il-Ahkâm, C. 2, *Şerh-u Kitâb'ül-İcâre*, İstanbul, 1316, s. 6).

³⁰ Mecelle'de kavramlara ilişkin kısımda *icârât* lafzının en baştan belirtilmesinin amacı, icârenin farklı türleri bulunduğuna işaret etmektir: "İcârât lâfzının cem' olarak zikri icârenin envâ'-ı muhtelifesi bulunduğunu evvel emirde anlatmak içindir. Zira icâre bir itibar ile 406, 407, 408 maddelerindeki aksâma yani icâre-i lâzime ve icâre-i müneccize ve icâre-i muzâfaya inkisam ettiği gibi diğer bir itibar ile dahi 421 maddedeki envâ'a yani menâfi'-i a'yân ve amel yani menâfiyeti âdem üzerine vârid olan icâreye tenvi' eder. Kezalik menfaatin cihet-i malûmiyetiyle dahi icâre tenvi' eylesen. Zira menfaat icârenin bir nev'inde beyan-ı müddet ile malûm olur. 452 maddede olduğu gibi. Ve diğer nev'inde amelin beyanı ile malûm olur. 455 maddede olduğu misüllü. Ve başka bir nev'inde dahi işaret ile malûm olur. Nitekim 456 maddede beyan olunmuştur..." (**Ali Haydar**, Dürer, C. 2, s. 4).

³¹ "...istilâh-ı fukahâda menfaat-i malûmeyi ivaz-ı malûm mukâbelesinde bey' etmek demektir" (Mecelle, m. 405). Ali Haydar Efendi, Mecelle'de sahih icâre ile fâsîd icâreden daha geniş bir icâre ortaya konulduğu hâlde bunun tarife yansıtılmamasını eleştirmiştir: "... muarref icâre-i sahihe ile fâsideden eamm icâre itibar kılındığı hâlde bunun tariften hurûcu muzırdır." (**Ali Haydar**, Dürer, C. 2, s. 10).

³² **Şemsü'l-cimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsî**, Mabsût, (Ed. Mustafa Cevat Akşit), C. 15, Gümüşev, İstanbul, 2008, s. 74.

³³ **Araz**, Yunus: "İslam Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar", İLTED, S. 46, Erzurum, 2016/2, s. 105.

³⁴ **Araz**, s. 105.

yapmışlardır³⁵. Tanımlardaki farklılıklar, sahih icârenin tanımını ortaya koyabilme çabasıyla, akdin sıhhat/geçerlilik şartlarının da tarife dâhil edilmesinden kaynaklanmaktadır³⁶.

İcâre akdinde, sözleşme konusunu kiraya veren tarafa *âcir/mûcir*; kiralayan tarafa *müste'cir* denilmektedir. Nefsini/emeğini kiraya veren, günümüzde işçi denilen kimse ise, *ecîr* olarak adlandırılmaktadır. Kira konusuna *me'cûr/mûcer/müste'cer*; elde edilen menfaat karşılığında kiraya verene ödenen bedele *ücret/kira*³⁷ adı verilmektedir. Kira sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan bedel *ecr-i müsemmâ*; sözleşmede kararlaştırılmayan, tarafsız bilirkişilerce takdir edilen bedel ise *ecr-i misil* kavramlarıyla ifade edilmektedir³⁸.

ii. İcâre Kapsamında “Menfaat” Kavramı ve Hukukî Niteliğine İlişkin Yaklaşımlar

İslâm hukukunda icâre, akit türlerinden biridir. Fakat akdin konusunu teşkil eden ve sözlük anlamı, “*herhangi bir şeyden faydalanılarak elde edilen maddî ve manevî bütün yararlar*” olan “menfaat”in³⁹ mal olup olmadığı ve bu kapsamda hukukî işleme konu edilip edilemeyeceği hususu İslâm hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bundan ötürü icâre akdinin geçerli bir akit kabul edilmesi, farklı aklî ve naklî delillerden yararlanmak sûretiyle gerçekleşmiştir⁴⁰.

Hanefî anlayışa göre mal, insan tabiatının meylettiği ve ihtiyaç zamanı için saklanabilen şeyleri ifade etmektedir. Bir malın sahih bir hukukî işleme konu olması ve hak sahibinin haklarının korunabilmesi için malda “mütekavvim”lik vasfının bulunması gerekmektedir. Mütekavvim mal, dinen edinilmesi/kullanılması uygun (mübah), elde edilmiş (muhrez) maldır. Dolayısıyla ancak bu niteliklere sahip bir mal hukukî işleme konu edilebilir.

³⁵ Araz, s. 105.

³⁶ Bardakoğlu, s. 380.

³⁷ “...tabir-i diğerle menfaat-i a'yân ve menfaat-i ademî mukabilinde verilen ivaz...” (Ali Haydar, Dürer, C. 2, s. 5).

³⁸ Mecelle, m. 404, 409, 410, 411, 413, 414, 415.

³⁹ Menfaatler eşyanın kullanılması veya bir kimsenin çalışması ile ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle İslâm hukukunda menfaat ile maddî gelir birbirinden ayrı kavramlarla ifade edilmiştir. Somut olarak elde edilmesi mümkün olmayan, geçici (araz) niteliği mevcut faydalara *menfaat* denilirken; hayvan, ağaç, toprak ve benzeri mallardan elde edilen maddî gelirlere *galle* adı verilmiştir. Buna göre bir kira akdinde, kiracının, kira konusunu kullanmasıyla elde edeceği fayda “menfaat” iken; kiraya verenin elde edeceği kira bedeli “galle”dir (Araz, s. 88).

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Araz, s. 82.

Menfaatler ise geçici (araz) olduğundan devamlılığı (bekâsı) bulunmamaktadır. Devamlılığı bulunmayan şey ise, ihrâz edilebilir/elde edilebilir (muhrez) değildir. Çünkü ihrâz, malı alıkoyma, koruma ve ihtiyaç zamanı için biriktirmeyi ifade etmektedir. Muhrez olmayan mal da mütekavvim sayılmadığından, menfaat, mal değildir⁴¹.

Hanefîlerin bu görüşünün temeli, menfaatin ayn gibi olmadığı (ayn ile menfaatin farklı kavramlar oldukları) ve varlığının ayna bağlı bulunduğu anlayışına dayanmaktadır. *Ayn*, elle tutulabilen, gözle görülebilen, kendi varlığı olup fiziki âlemde bir mekân kaplayan şeyi ifade ederken; *menfaat*, fiziki âlemde bir nesneyi göstermeyen, bir malı kullanmayı, bir maldan veya bir insanın emeğinden yararlanmayı belirtmektedir⁴². Menfaatlerin ayn ile varlık bulması nedeniyle, ayn “cevher”, menfaat “araz” olarak kabul edilmektedir. Bu ikisi arasındaki fark, varlıklarını devam ettirme süresi bakımındandır. Nitekim menfaatler sürekli bir şekilde var olamazlar. Nitekim Serahsî menfaati, “*ayn ile kaim olan bir arazdır, ayn ise arazın kendisine bağlı olduğu cevherdir*” ifadeleriyle belirtmiş ve menfaatin fer’î nitelikte oluşuna vurgu yapmıştır⁴³.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Hanefî doktrinde menfaat, mal olarak kabul edilmemektedir. Esasında bunun iki önemli sonucu bulunmaktadır. Birincisi hukukî işlemlere konu edilememesi; ikincisi de haksız fiile maruz kaldığında hukuk sistemi tarafından korunamamasıdır⁴⁴. Bununla birlikte Hanefîler, bazı akitlerin menfaat üzerine yapılabileceği hususunda nass, örf-âdet ve zaruret bulunmasından ötürü, *istihsanen* menfaatin akde konu edilmesini uygun görmüşlerdir. İcâre akdi de bu kapsamda, kıyasa aykırı olarak⁴⁵, istihsan delili ile geçerli akitlerden biri kabul edilmiştir⁴⁶. Hanefîler

⁴¹ **Araz**, s. 97. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Bardakoğlu**, s. 381.

⁴² **Araz**, s. 95.

⁴³ **Serahsî**, C. 11, s. 128.

⁴⁴ **Aydın**, Hukuk Tarihi, s. 332.

⁴⁵ Burada kıyas yapıldığında “mevcut olmayan bir ayn üzerine akit yapılamayacağı gibi, mevcut olmayan bir menfaat üzerine de akit kurulamaz” sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak Hanefîler bu kıyasa aykırı olarak istihsan delili gereği menfaatin akde konu olmasını kabul etmişlerdir. İbn Kayyim ise bu kıyasın fâsid kıyas olduğunu bildirmiştir. Çünkü ona göre mevcut olmayan bir şeyin satışına ilişkin yasak, mevcut olma imkânı olan aynlarla ilgilidir. Oysa menfaatin asli hâli zaten mevcut olmamadır (ma’dûmiyettir). İbn Kayyim ayn ile menfaat arasında fark bulunduğundan, bu ikisi arasında yapılan kıyastaki “ma’dûm olma” illetine itiraz etmiştir (**Araz**, s. 106. Ayrıca bkz. **Bardakoğlu**, s. 380).

⁴⁶ Bardakoğlu, İslâm hukukçularının böyle bir yola başvurmalarının, icâre akdinin cevazına delil bulmak amacıyla olmadığını, burada İslâm hukukun genel prensipleri ve

burada menfaatin ancak akitle mütekavvim hâle geleceğini belirterek hukukî işleme konu edilmesini kabul etmişlerdir⁴⁷. Bir başka deyişle, menfaat aslında mevcut olmadığından/ma'dûm olduğundan hukukî işleme konu edilmesi uygun görülmemiştir. Ancak burada kıyasen yapılması uygun görülmeyen bir işlem, hukuka uygun bir yarar nedeniyle kabul edilmektedir. Netice olarak akitle varlık kazanan menfaat, mütekavvim mal kapsamında değerlendirilmiştir⁴⁸.

Diğer mezhep hukukçularının çoğunluğu ise, menfaatin mal olduğu konusunda görüş birliği içerisinde. Bir maldaki asıl gâyenin menfaat olması ve konuyla ilgili nass ve örfün bulunması, menfaatin mal kabul edilmesini gerektirmiştir. Menfaat, mallardaki asıl gâye kişiye menfaat sağlamak olduğundan mütekavvim sayılmıştır. Hanefiler ile olan görüş farklılığının temelinde, aynların ancak menfaatlerle var olduğu fikri yatmaktadır. Bir başka deyişle, mal insanların maslahatı için mevcut olduğundan, menfaat ve yarar sağlamayan bir ayn hiçbir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla menfaatlerin mal sayılması, aynların mal sayılmasından daha uygun (evlâ) görülmektedir⁴⁹.

Menfaati mal olarak kabul eden görüşlerden bazıları, bunun hakikî anlamda mal sayılamayacağını belirtmişlerdir. Bunlara göre menfaat, mecazî anlamda maldır. Nitekim menfaatler aslen mevcut değildir. Fakat menfaatlerin hukukî işleme konu edilebilmesi ve bu işlemlerin sahih işlemler grubunda değerlendirilebilmesi için mecazen mal olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁰.

borçlar hukukunun bey' akdi ile modeli çizilen mantıkî bütünlüğü içerisinde, akdin hukukî izahını yapma gayreti bulunduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda yazar, söz konusu durumda usûli bir kıyastan ziyade, İslâm hukukunun genel prensipleri şeklinde ifade edilebilen umumî bir kıyas olduğunu belirtmiştir (**Bardakoğlu**, s. 380).

⁴⁷ **Bardakoğlu**, s. 381; **Araz**, s. 102.

⁴⁸ Kâsâni, icârenin menfaat satışı olduğunu, menfaatin hâlde mevcut olmadığını, mevcut olmayan bir şeyin ise satışa konu olamayacağını, gelecekte elde edilecek bir şey üzerine satış gerçekleşmeyeceğini belirterek, icâre akdinin geçerliliğinin Kur'an ve Sünnete dayanarak istihânen mümkün kıldığını ifade etmiştir (**Araz**, s. 104-105).

⁴⁹ **Araz**, s. 98-99.

⁵⁰ **Araz**, s. 99-100. Nitekim menfaati mal kabul eden Şâfiî ekolde, menfaat rehni kabul edilmemiştir. Buna göre, bir kimse evinin kirasını rehnedemez. Çünkü burada rehlin hapsedilme imkânı yoktur. Ayrıca az ya da çok olabilecek veya olup olmayacağı belli olmayan bir şey üzerine akit yapılması söz konusudur. Böyle bir hâlde yapılan rehni akdi, alacaklının alacağının teminatını yeterli düzeyde sağlayamaz. Nitekim Hanefî ve Hanbelî mezheplerinde de menfaatin rehne konu edilmesi mümkün görülmemiştir. Konuyu değerlendiren **Araz**, aslında menfaati mal kabul eden görüşlerin, menfaat rehni

Osmanlı Devleti'nde hâkim olan mal anlayışının, Hanefi doktrine göre şekillendiğini söylemek mümkündür. Öyle ki bu anlayış Mecelle'de de devam etmiş ve mal, insan tabiatının meylettığı, ihtiyaç zamanı için biriktirilebilen menkul ve gayrimenkul şeyler olarak tanımlanmıştır (Mecelle, m. 126). 1916 yılında kurulan Mecelle Tadil Komisyonunca malın menfaatleri de kapsayacak şekilde tanımlandığı bir düzeltme önerilse de bu gerçekleştirilmemiştir⁵¹.

3. Kira Akdinin Türleri

İslâm hukukunda icâre akdi, *bir malın kiralınması ve bir insanın emeğinin kiralınması* olmak üzere temelde iki kısma ayrılmaktadır. Bu ayrımı *mallar üzerine kurulan icâre ve ameller üzerine kurulan icâre* şeklinde yapmak da mümkündür. Mal üzerine yapılan icâre akdinde, akdin karşı tarafına bir malın kullanımı üç tür mal grubu üzerinden sağlanmaktadır. Bunlar; *akâr*⁵², *urûz*⁵³ ve *hayvandır*⁵⁴.

İnsan emeğinin kirasında ise akit, bir kimsenin emeğinden elde edilecek menfaat üzerine kurulmaktadır. Esasen burada, iş görme borcu doğuran bir sözleşme söz konusudur. İnsan emeği üzerine kurulan icâre akitleri, *süre üzerine kurulan icâre ve amel üzerine kurulan icâre* olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Günümüzde iş hukuku kapsamında yer alan ve bir kimseyi

gibi durumlarda, menfaati tamamen mal gibi görmediklerini ifade etmiştir (Araz, s. 117-118, 121).

⁵¹ Komisyon teklifinde, mal, “anda menafise ve bezl cari olan şeydir” diye tanımlanarak, insan tabiatının meylettığı, biriktirilebilen şey olma şartı kaldırılmıştır. Böylece menfaatler de tanım içerisine alınmaya çalışılmıştır. Aynı zamanda komisyon malın müte-kavim olma şartını da kaldırmak istemiştir. Bununla birlikte çalışmalardan beklenen sonuç elde edilemeyince, 1923 yılında yeni komisyonlar oluşturulmuş, fakat bunların çalışmalarından da bir netice alınamamıştır (Kaşıkçı, s. 364).

⁵² Gelir getiren gayrimenkule “akâr” denmektedir. Tarla, arsa, ev, dükkân vb. gayrimenkuller buna örnektir (Kelebek, s. 117, 121).

⁵³ Para (nakit) ve hayvan dışında kalan elbise, ayakkabı, ev aletleri gibi menkul mallara “urûz” denmektedir. Ancak urûz kabilinden olan bir malın kira akdine konu olabilmesi için, kullanımı tüketime bağlı olmayan mallardan olması gereklidir. Çünkü kira akdinde malın aynı muhafaza edilmekte, menfaati kiracının yararına sunulmaktadır. Örneğin ekmek, urûz kabilinden bir mal olmakla birlikte, kullanımı tüketime bağlı olduğundan kira akdine konu edilmesi söz konusu olamamaktadır (Kelebek, s. 117). Hayvanlar da esasen menkul mallardan olmakla birlikte canlı varlıklar olmaları bakımından ayrı değerlendirilmişlerdir. Günümüzde nakil vasıtalarının kiralınmasının bu gruba dâhil edilebileceği belirtilmektedir. Bkz. Kelebek, s. 117.

⁵⁴ Bardakoğlu, s. 380; Kayar, Mehmet Sedik: İslam Hukukunda İcâre Akdi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2011, s. 14; Kelebek, s. 117.

belirli bir süre çalıştırıp ortaya koyduğu emek karşılığında ücret takdir edilen akitler, süre üzerine kurulan icâre akdine örnektir. Amel üzerine kurulan icâre akitlerinde ise, bir kimseye belirli bir işi/eseri gerçekleştirilmesi/ortaya koyması karşılığında ücret ödenmesi söz konusudur. Amel üzerine kurulan icâre akitleri, günümüzde kısmen istisna, vekâlet gibi akit türlerine karşılık gelmektedir⁵⁵.

İcâreye ilişkin yukarıda izah edilen ayırım, Mecelle tarafından da benimsenmiştir. Burada icâre akdinin konusu (ma'kûdunaleyh), *menâfi-i a' yân* (somut varlıkların menfaati) ve *amel* üzerine yapılan icâre olmak üzere iki grup olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda kiralananın türleri, *icâre-i akâr* (gayrimenkul kirası), *icâre-i urûz* (menkul kirası), *icâre-i hayvan* (hayvan kirası) ve *icâre-i âdemî* (insan kirası) dir⁵⁶.

Mecelle'de icâre-i âdemî kapsamına vekâlet hükümleri dâhil edilmiş; buna ilişkin hükümler Mecelle'nin "Vekâlet Akdi" başlıklı on birinci kitabında ayrı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca istisna akdine ilişkin hükümler, "Bey' Akdi" başlıklı birinci kitapta satımın türleri kapsamında ele alınmıştır⁵⁷. Çünkü meslek ve sanatlarını icra eden bir kimsenin emeği kiralandığında, yapılması istenen ürünün malzemesini kimin temin ettiğine göre akdin türü değişmektedir. Örneğin, elbise diktirmek için terziye giden bir kimse, kumaşı terzinin karşılmasını isterse akit türü "istisna"; kumaşın elbise diktirmek isteyen kimse tarafından getirilmesi hâlinde ise, akit türü "amel üzerine yapılan icâre" akdi olmaktadır (Mecelle, m. 421).

II. MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYE'NİN NİZÂMİYE MAHKEMELERİNDE UYGULANMASI VE KİRA HUKUKUNA İLİŞKİN ÖRNEK KARARLAR

A. Genel Açıklama

Tanzimat dönemi Osmanlı hukuk sisteminin dönüm noktalarından biridir. Nitekim bu dönemde idare, adliye, ekonomi gibi birçok alanda köklü reformlar yapılmaya başlanmıştır. Özellikle adliye alanında gerçekleştirilen

⁵⁵ Bardakoğlu, s. 380; Kayar, s. 14. Mecelle'de iş sözleşmesinin türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aykanat, Mehmet: "Mecelle'de İş Sözleşmesi", Kamu-İş, C. 13, S. 4, 2014, (İş Sözleşmesi), s. 62 vd. İcâre akdinin farklı akit türlerini birlikte ele alması bakımından, Romalıların kira akit türü olan "locatio conductio" modelinin takip edildiği görüşü için bkz. Schacht, s. 32.

⁵⁶ Bkz. Mecelle, m. 522 vd. Mecelle'de icâre-i âdemî hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aykanat, s. 19 vd.

⁵⁷ Bkz. Mecelle, m. 388 vd.; m. 1449 vd.

reformların çeşitli sebepleri vardır. Dış baskılar, hukukî sebepler, ıslahata duyulan ihtiyaç, merkezî otoriteyi güçlendirme eğilimi ve ticarî gelişmeler bu reformların başlıca sebepleri arasında yer almaktadır⁵⁸.

Tanzimat dönemi aynı zamanda hukuk alanında resepsiyonun, Batı'dan kanun iktibasının ortaya çıktığı bir dönem olmuştur. Bu dönemde gerek devlet adamları, gerekse hukukçular arasında bir resepsiyon taraftarlığı ortaya çıkmış ve Fransa kendisinden kanun iktibası yapılan birincil ülke olmuştur. Bu taraftarlığın aksine, ülkede, kendi yerli ve millî hukuk sisteminin muhafazasını, yeni çıkarılacak kanunların iktibas yolu yerine millî irade ve çaba ürünü olması gerektiğini savunan kişiler de vardı. Bu kişilerin başında Mecelle mimarı olarak da anılan Ahmet Cevdet Paşa gelmekteydi. Ahmet Cevdet Paşa ve emektaşlarının çabaları neticesinde, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye 1869-1876 yılları arasında tamamlanmış ve ülke hukuk sistemine kazandırılmıştır. Bu kanun hem şer'îye mahkemeleri hem de nizâmiye mahkemelerinde geçerli olmakla birlikte⁵⁹, özellikle nizâmiye mahkemelerinde uygulanmak üzere çıkarıldığı söylenilebilir. Çünkü kanunun içerdiği hükümler esasen şer'î hukuk hükümleri idi ve bu hususta derli toplu bir metnin nizâmiye mahkemesi hâkimlerine sunulması hüküm verilmesini kolaylaştıracaktı. Bununla birlikte söz konusu kanunun şer'îye mahkemeleri tarafından da dikkate alındığı, özellikle şer'îye mahkemeleri kararlarını temyizen inceleyen Fetvâhâne'nin, bozma (nakz) kararlarında Mecelle hükümlerine dayandığı bilinen bir gerçektir⁶⁰.

Mecelle'nin nizâmiye mahkemelerindeki uygulanışını, temyiz düzeyindeki kararlara yer veren *Ceride-i Mehâkim* adlı dergiden takip etmek müm-

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ekinci**, Ekrem Buğra: Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, Arı Sanat, İstanbul, 2004, (Tanzimat), s. 27-50. Yargı teşkilâtındaki reformları gerektiren sebepler için ayrıca bkz. **Durhan**, İbrahim: "Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler", EÜHFD, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 58-69.

⁵⁹ İcâre kitabının mazbatasında bu husus açıkça belirtilmiştir: "...birinci kitapta olduğu gibi bu ikinci kitap da bütün Şer'îye ve Nizamiye Mahkemeleri'nde mer'i olmak üzere tab' edilmesi için..." (**Öztürk**, s. 50).

⁶⁰ Fetvâhâne-i Âliye'nin Suriye Vilâyeti Merkez Kadılığı'nın 19 Cemâziyelahir 1332 tarihli temyizen incelediği i'lâmında, bozma kararını Mecelle'ye dayandırması buna örnektir: "...müddealeyhin mukaddemâ sebk eden ikrarı senede yani anasının mal olduğunu mübeyyen olarak i'tâ eylediği haciz istid'âsına merbût olduğu beyan edildiği cihetle Mecelle'nin 1674'üncü maddesinin fıkra-i âhiresi mücebince bunun sübutu takdirinde müruruzaman mündefi' olur..." (Ceride-i İlmiye, S. 6, Birinci Sene, Zilhicce 1332, s. 415). Bunun dışında Mecelle dikkate alınarak verilen çok sayıda bozma kararı vardır. Örnekler için bkz. Ceride-i İlmiye, Sayı 9, Birinci Sene, Rebiulevvel 1333, s. 555 vd.

kündür. Söz konusu kararlar, aynı zamanda ilk derece (bidâyet) ve istinâf mahkemesi kararlarını da özetlemesi bakımından önem teşkil etmektedir. Adliye Nezâreti tarafından ilk kez 1873 yılında haftalık olarak çıkarılmaya başlanan bu dergi esasen iki dönemde incelenmektedir. İlk çıkarılışından 12 Receb 1296 (2 Temmuz 1879)'a kadar Pazartesi günleri olmak üzere 16 sayfa, bu tarihten itibaren ise numaralandırma tekrar birinci sayıdan başlatılarak 8 sayfa hâlinde ve Salı günleri çıkarılmaya başlanmıştır. Dergi yayım hayatına 30 Zilkade 1301 (21 Eylül 1884) tarihli 266'ncı sayıdan itibaren tekrar 16 sayfa olarak ve 22 Cemâziyelâhir 1319 (6 Ekim 1901) tarihine kadar devam etmiştir. Bu süreçte toplam 1154 sayı yayımlanmıştır. Bundan sonraki sayılar *Ceride-i Mehâkim-i Adliye* adıyla devam etmiştir. Bu derginin bulunabilen en son sayısı 4 Receb 1326 (2 Ağustos 1908) tarihli 698'inci sayıdır. İkinci Meşrutiyet'in ilânından sonra bu derginin yerini, ilk sayısı 5 Kânunuevvel 1325 (18 Aralık 1909) tarihinde çıkarılan *Ceride-i Adliye* almıştır⁶¹. Bu dergi üç dönem hâlinde (1909-1919, 1922-1928, 1928-1929) yayım hayatına devam etmiştir⁶².

Ceride-i Mehâkim'in yanında, *Mecmuâ-i Mukarrerât-ı Temyiziye* adlı temyiz mahkemesi kararlarını fihristli ve konu başlıklı şekilde içeren dergi de, nizâmiye mahkemesi kararlarını değerlendirme bakımından önemli kaynaklar arasında yer almaktadır. Bu derginin en önemli farkı, fihrist ve dava konusu başlıklarını içeriyor olmasıdır. Düzenli bir sistematik benimsenmesi, dava konusuna göre aranan kararlara ulaşımı kolaylaştırmaktadır. Nitekim *Ceride-i Mehâkim*'de dava konusunu anlayabilmek için karar metninin bir kısmının okunması gerekmekte, bu ise araştırma süresini uzatmaktadır⁶³.

Çalışmanın bu kısmında söz konusu dergilerde yer alan mahkeme kararları, Mecelle'nin uygulanması yönünden değerlendirmeye tâbi tutulmakta

⁶¹ **Yavuz**, Hulusi: "Ceride-i Mehâkim" ve "Ceride-i Adliyye" maddeleri, DİA, C. 7, İstanbul, 1993, s. 404-405, 408-409.

⁶² *Ceride-i Adliye*, 1929-1943 arası *Adliye Ceridesi*, 1944'te *Adliye Dergisi*, 1945'de ise *Adalet Dergisi* adlarıyla günümüze kadar gelmiştir. Türk Hukuk Tarihi, özellikle Tanzimat dönemi ve sonrası çalışmaları bakımından önemli olan *Ceride-i Mehâkim*, *Ceride-i Mehâkim-i Adliye* ve *Ceride-i Adliye* artık Adalet Bakanlığı tarafından dijital ortama aktarılmış ve çok kıymetli olan bu eserlere ulaşmak daha kolay hâle gelmiştir. Adalet Dergisi arşivinde yer alan bu eserler için bkz. <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/index.html#portfolio>, (Erişim Tarihi: 03.03.2021).

⁶³ Altı cilt hâlinde yayımlanmış olan bu dergiler çok sayıda ve farklı konuda karar türleri içermektedir. Bu dergideki hükümlerden yararlanılarak hazırlanan örnek bir çalışma için bkz. **Yiğit**, Ahmet: "Mukarrerat-ı Temyiziyye Mecmualarında (1327/1911-1332/1916) Görülen Arazi Davalarının Tedkiki", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (Ed. Fethi Gedikli), XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 449-474.

ve Mecelle'nin nizâmiye mahkemelerindeki etkinliği araştırılmaya çalışılmaktadır. Fakat bundan önce kısaca nizâmiye mahkemeleri hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır.

B. Nizâmiye Mahkemelerinin Gelişim Süreci

Tanzimat Fermanı'nın ilânından sonra adliye alanındaki yeniliklerden biri, taşrada yargılama yetkisine sahip birtakım meclislerin kurulmasıdır. 1840 yılında “muhasıllık meclisleri”⁶⁴ olarak kurulan ve daha sonra 1842 yılında “memleket meclisleri” adını alan taşra meclisleri 1864 yılına kadar taşradaki yargılama faaliyetlerini yürütmüşlerdir. 1849 yılından itibaren ise bu meclisler “eyalet ve sancak meclisleri” olarak anılmaya başlanmıştır. Esasen bu meclisler ilk başta birer mahkeme olarak kurulmamışlardır ve idarî nitelikleri ön plândadır. Fakat 1840, 1851 ve 1858 Ceza Kanunnâmeleri ile yargılama görevi bu meclislere verilmiştir. Söz konusu meclisler 1864 yılına kadar, nizâmen görülmesi gereken ceza davalarına ilişkin yargılama yapmışlardır⁶⁵. İkinci, hâkimlerin de üye olarak katıldıkları bu meclislerin, nizâmiye mahkemelerinin çekirdeğini oluşturduğu kanaatindeyiz⁶⁶. Kenanoğlu ise, resmî anlamda nizâmiye mahkemelerinin ilk çekirdeğinin, ceza kanunlarının uygulanması için 1854 yılında kurulan Meclis-i Tahkik'ler olduğu görüşündedir⁶⁷.

Nizâmiye mahkemelerinin kuruluş ve gelişme dönemlerinde, şu beş düzenlemenin önemli olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bunlar; *1864 Vilâyet Nizamnâmesi*, *1868 Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-i Esâsîsi*, *1870 Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-i Dâhilîsi*, *1872 Mehâkim-i Nizâmiye Hakkında Nizamnâme*, *1879 Mehâkim-i Nizâmiyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati'*dir⁶⁸. Nizâmiye mahkemeleri bakımından resmî teşekkülün 1864

⁶⁴ *Muhasıl*, tahsil edici, tahsildar anlamlarında bir kelime olup, Osmanlı'da Tanzimat döneminde taşraya mâlî işlerle ilgilenmek üzere gönderilen görevlileri ifade etmektedir. Bununla birlikte muhasılların, yetkileri itibariyle o beldenin mülki amiri konumunda oldukları söylenebilir. Bunlar “muhasıl meclisi” denen ve ilk şekli mal, nüfus, emlak kâtibi, kadı, müftü, zâbit-i memleket (askerî memur), beldenin ileri gelenlerinden halkın seçeceği dört kişi ve gayrimüslimlerin yaşadıkları yerlerde bunların metropolit ve koca-başlılarından iki kimseden oluşan meclise başkanlık etmekteydiler (**Ekinci**, Tanzimat, s. 127-128).

⁶⁵ **Ekinci**, Tanzimat, s. 136; **Kenanoğlu**, M. Macit: “Nizâmiye Mahkemeleri”, DİA, C. 33, İstanbul, 2007, s. 185. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Durhan**, s. 72-74.

⁶⁶ **Ekinci**, Tanzimat, s. 129-130.

⁶⁷ **Kenanoğlu**, s. 185.

⁶⁸ Düzenlemelerin yer aldığı 1. Tertip Düstur fihristi için bkz. **Akman**, Mehmet: “Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Osmanlı Hukuk Mevzuatı, I. Tertip Düstur'un Tarihî

Vilâyet Nizamnâmesi ile başladığını söylemek mümkündür. Bu Nizamnâme aynı zamanda adliye ile idarenin/yargı ile yürütme erklerinin ayrılması anlamına gelmekteydi. Nizamnâme’de Fransa modeli örnek alınarak yeni bir adli teşkilatlanmaya gidilmiştir. Osmanlı Devleti’nde bu yeni modelin Tuna Vilâyeti denilen yeni oluşturulan bir Rumeli vilâyetinde uygulanması kararlaştırılmıştı. Bu nedenle söz konusu Nizamnâme kaynaklarda “Tuna Vilâyeti Nizamnâmesi” olarak da geçmektedir⁶⁹. Nizamnâme’ye göre, nâhiyelerde basit hukukî uyuşmazlıkları görmek üzere *sulh meclisleri*, kazâlarda *meclis-i deâvi*, sancaklarda *meclis-i temyiz-i hukuk ve cinâyet*, vilâyetlerde ise *büyük meclis-i temyiz-i hukuk ve cinâyet* kuruldu. Bu mahkemeler müslüman ve gayrimüslim üyelerden oluşmakta; şer’î davalar, gayrimüslimlerin ruhâni idarelerinde görülen özel davalar ve ticaret davaları dışındaki davalara bakmaktaydılar. Sancak mahkemeleri aynı zamanda, kazâ mahkemelerinin bakamayacağı yahut kazâdan istînâfen kendisine gönderilen davaları karara bağlamakla görevliydi. Aynı durum sancak mahkemeleri için, vilâyet mahkemeleri bakımından da geçerliydi⁷⁰. Bir başka deyişle, sancak ve vilâyet mahkemeleri hem ilk derecede, hem de istînâfen dava görme yetkisini haizdi.

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye’nin⁷¹ ikiye ayrılması ile 1868 yılında kurulan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, nizâmiye mahkemeleri için en yüksek temyiz mercii olmuştur. Bu yılda çıkarılan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-i Esâsîsi⁷² ile şer’îyye, cemaat ve ticaret mahkemelerinin görev alanı dışındaki ceza ve hukuk davalarına temyizen bakma görevi, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye’ye verilmiştir⁷³.

Fihrist ve Dizini”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S. 3, 2007 (Bahar), (Fihrist), s. 73 vd.

⁶⁹ **Ekinçi**, Tanzimat, s. 163. Konuyla ilgili ayrıca bkz. **Acar**, Kadir: “Osmanlı’da Taşra Meclislerinin Mülkî ve Hukukî Görevlerinin Ayrılması”, Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi, C. 2, S. 2, s. 23-42.

⁷⁰ **Ekinçi**, Tanzimat, s. 164 vd.; **Kenanoğlu**, s. 185-186.

⁷¹ 24 Mart 1838 yılında, yasama ve yargılama yetkisine sahip bir meclis olarak kurulan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Seyitdanhoğlu**, Mehmet: “Tanzimat Dönemi’nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)”, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~mehmets/tanzimattayuksekkyargi.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.03.2021); **Ceylan**, Ayhan: “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye’de Yargı”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 23 vd.

⁷² 8 Zilhicce 1284 tarihli bu düzenleme için bkz. **Düstur**, 1. Tertip, C. 1, 1289, s. 375 vd.; **Ceride-i Mehâkim**, S. 2, 1 Rebiülevvel 1290, s. 10 vd.

⁷³ **Aydın**, Mehmet Âkif: “Divân-ı Ahkâm-ı Adliyye” maddesi, DİA, C. 9, İstanbul, 1994, (Divan), s. 387-389. Ayrıca bkz. **Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-i Esâsîsi**, m. 2.

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin iç düzeni ve bu kapsamda Mahkeme-i Temyiz ve Mahkeme-i Nizâmiye'nin görev, yetki ve işleyişi ile ilgili hususlar ise Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nizamnâme-i Dâhilisi'nde yer almıştır. Bu Nizamnâme'de nizâmiye mahkemeleri, kazâlarda *deâvî meclisleri*, sancaklarda *temyiz-i hukuk meclisleri*, merkez vilâyetlerde *temyiz divanları* ve Dersaadet'te *Divan-ı Ahkâm-ı Adliye* olmak üzere dört grup olarak belirtilmiştir⁷⁴.

1872 yılında çıkarılan Mehâkim-i Nizâmiye Hakkında Nizamnâme⁷⁵ ile nizâmiye mahkemelerinin görev ve yetkileri bakımından yeni bir şekillene-meye gidilmiştir. Buna göre artık ilk derece mahkemeleri bidâyeten, ikinci derece mahkemeleri istînâfen dava görecektir. Bu doğrultuda kazâlardaki deâvî meclisleri bidâyeten, sancaklardaki temyiz meclisleri hem bidâyeten hem istînâfen, vilâyetlerdeki temyiz divanları ise sadece istînâfen dava görebilme yetkisine sahiplerdir. Ayrıca bu Nizamnâme ile köylerin yanında, nahiyelerdeki ihtiyar meclislerine de sulhen dava görme yetkisi tanınmıştır⁷⁶.

Zamanla nizâmiye mahkemelerinin isimlerinde yer alan “temyiz” kelimesi davanın görüleceği mahkemenin belirlenmesinde karışıklığa neden olduğundan, 15 Nisan 1879 tarihinde yeni bir düzenleme yapılmış ve deâvî meclislerinin adı “Bidâyet Mahkemesi”; divân-ı temyizlerin adı ise “Mahkeme-i İstînâf” olarak değiştirilmiştir⁷⁷.

18 Haziran 1879 yılında çıkarılan Mehâkim-i Nizâmiye'nin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkatı⁷⁸ ile nizâmiye mahkemelerinde tekrar şekillendirme çalışmaları başlamıştır. Bu yeni Kanun'a göre, nizâmiye mahkemeleri ceza ve hukuk mahkemeleri olmak üzere iki kısma; bidâyet ve istînâf mahkemeleri olarak da iki dereceye ayrılmıştır. Bu doğrultuda örneğin, sancak merkezi olan kazâlarda, o kazâyaya ait davalar bidâyeten; sancağa bağlı diğer kazâlardaki istînâfî mümkün olan i'lâmlar istînâfen görülecektir. Tüm bunların üzerinde temyiz mahkemesi niteliğini haiz olan mahkeme ise Dersaadet'te bulunmaktadır⁷⁹.

⁷⁴ 13 Zilkade 1286 tarihli bu düzenleme için bkz. Düstur, 1. Tertip, 1. Cüz, 1289, s. 328 vd.

⁷⁵ Bkz. Düstur, 1. Tertip, 1. Cüz, 1873, s. 352 vd.

⁷⁶ **Ekinci**, Tanzimat, s. 189; **Kenanoğlu**, s. 186.

⁷⁷ **Kenanoğlu**, s. 187.

⁷⁸ Bkz. Düstur, 1. Tertip, 4. Cüz, 1299, s. 235 vd.

⁷⁹ Düstur, 1. Tertip, 4. Cüz, s. 235. Söz konusu Kanun-ı Muvakkat hükümleri ve nizâmiye mahkemeleri yargılama usûlü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gedikli**, Fethi: Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu, Yapısı ve Hukuk Yargılama Usulü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1989, s. 37 vd.

Nizâmiye mahkemeleri ilk başlarda daha çok ceza kanunları kapsamındaki hukukî uyuşmazlıklara bakmakta iken, daha sonraları dava türleri bakımından çeşitlilik artmıştır. Özellikle Mecelle'nin ilânından sonra bu mahkemelerin baktığı hukuk davalarının sayısında bir artış meydana geldiği bilinmektedir. Bununla birlikte bu süreçte nizâmiye mahkemeleri ile şer'iyeye mahkemeleri arasında çoğu kez yetki ve görev uyuşmazlığı yaşanmış; hatta bu yetki ve görevlerin belirlenmesi adına birçok düzenleme ortaya konulmasına rağmen yargılama alanındaki bu sorun tam anlamıyla giderilememiştir⁸⁰. 17 Mart 1304 (29 Mart 1888) tarihinde Dersaadet ve Vilâyet İstînâf Müddeî-i Umûmîliği'ne yazılan genel yazıda, şer'iyeye mahkemeleri ile nizâmiye mahkemelerinin görevlerinin ayrılmamasından ortaya çıkan sıkıntının gittikçe arttığına işaret edilmiş ve konuyla ilgili çıkarılan irade-i seniyyede, şer'an çözümü gereken davalardan talâk, nikâh, nafaka, hidâne, hürriyet, rıkkıyet (kölelik), kısas, diyet, erş, gurre, hükûmet-i adl, kasâme, gâib, mefkûd, vasiyet ve miras davalarının şer'iyeye mahkemelerinde; ticaret, ceza, bilâ devr-i güzeşte ve nizâmen incelenmesi gereken zarar, zıyan, iltizâm bedelleri ve konturato davalarının ise nizâmiye mahkemelerinde görüleceği hususuna karar verildiği bildirilmiştir. Bunun yanında davanın, her iki tarafın razı olması durumunda şer'iyeye mahkemelerinde, aksi hâlde nizâmiye mahkemelerinde görülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁸¹. Yine Ali Haydar Efendi'nin 1909 yılında kaleme aldığı "Mehâkim-i Nizâmiye Vezâifinin Takyîdi" başlıklı yazıda da, nizâmiye mahkemelerinin yetki ve görev bakımından sınırları ele alınmıştır⁸². Kanaatimizce bu konunun kaleme alınması, nizâmiye mahkemeleri ile şer'iyeye mahkemeleri arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıklarının son dönemlere kadar devam ettiğini göstermektedir.

C. Mecelle'nin Nizâmiye Mahkemelerindeki Etkinliği ve Kira Hukukuna İlişkin Örnek Kararlar

1. Genel Olarak

Çalışmanın bu kısmında, Ceride-i Mehâkim ile Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye'de yer alan, 1873-1913 yılları arasındaki kira hukukuna ilişkin kararlar inceleme konusu yapılmaktadır. Kararlardan dava konusunun ilk derece, istînâf ve temyiz süreçlerindeki değerlendirmelerine ulaşmak müm-

⁸⁰ Konuyla ilgili bkz. **Ekinci**, Tanzimat, s. 200-201; **Durhan**, s. 82-87.

⁸¹ Ceride-i Mehâkim, S. 440, 2 Şaban 1305, s. 4861.

⁸² Bkz. **Ali Haydar**, "Mehâkim-i Nizâmiye Vezâifinin Takyîdi", Ceride-i Adliye, S. 1, 5 Kânunuevvel 1325, s. 25-27.

kündür. Esasen çalışmada Mecelle'nin hâkimler tarafından uygulanışı ve mahkemelerdeki etkinliği sorgulanmak istendiğinden, kararlar üzerinde ayrıntılı bir tahlil yapmak yerine, kanun uygulayıcıları açısından Mecelle'nin görünümünü ortaya koyacak ve konuya ilişkin genel bir perspektif sağlayacak bir inceleme yöntemi tercih edilmiştir.

2. Mecelle'nin Farklı Yargılama Derecelerindeki Etkinliği

a. Genel Olarak

Osmanlı'da 1873-1913 aralığındaki nizâmiye mahkemesi kararları incelendiğinde, ilk olarak kanuna uygun/hukukî dayanak gösterilerek karar verme usulüne dikkat edildiği gözlenmektedir. Gerek davanın tarafları/taraf vekilleri, gerekse hâkimler, hükümlerin hangi kanun maddesine dayanarak ihdas edildiği hususunu takip etmekte ve kanunî dayanak gösterilmeden verilen kararlar itiraz üzerine nakz edilebilmekteydi. Mecelle'nin uygulanmasında, mahkeme hâkimlerinin çabaları dikkate değerdir. Hâkimler Mecelle'ye uygun karar vermenin yanında, Mecelle'nin doğru yorumlanması için de çaba göstermişlerdir. Mecelle'nin yorumlanması hususunda mahkemeler arasında kimi zaman farklı görüşler olsa da, Temyiz Mahkemesi son karar mercii olarak maddelerin uygulanma şeklini ve kapsamını belirlemiştir⁸³. Aşağıdaki kısımlarda Mecelle'nin etkinliği bidâyet, istinâf ve temyiz aşamaları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bununla birlikte bidâyet ve istinâf yargılamalarının incelendiği kısımlarda, hem karar bütünlüğü kurmak, hem de Mecelle'nin uygulanmasını şekillendiren mahkemenin Temyiz Mahkemesi olması nedenleriyle, bu mahkemenin değerlendirmelerine de yer verilmiştir.

b. Mecelle'nin İlk Derece (Bidâyet) Yargılamaları Bakımından Etkinliği

Mecelle, yargılamanın her aşamasında etkin bir rol üstlenmiş ve mahkeme hâkimleri tarafından hükme esas alınmıştır. Konuyla ilgili bir kararda, Abdülkerim Efendi, mutasarrıfı olduğu evi kendisinin rızası olmadan, akitsiz olarak otuz beş aydan beri işgal ettiği ve tahliye etmediği gibi herhangi bir bedel de ödemediği gerekçesiyle damadı İbrahim Efendi'den davacı olmuştur. İbrahim Efendi, bu durumu ikrar ederek kul ağalığından emekli kayın-

⁸³ Ceride-i Mehâkim ile mahkeme kararlarının ilân edilmesi, aslında hukuk uygulamalarında birliğin sağlanmasına hizmet etmekteydi. Derginin mahkemelere ücretsiz olarak gönderilmesi ise hâkimlerin bunlardan faydalanmasını kolaylaştırmaktaydı. Derginin kuruluşunda yine Ahmet Cevdet Paşa'nın katkısı bulunmaktadır. Bkz. **Mardin**, s. 182.

pederinin askerî düzenlemeler uyarınca ve verilen taahhüt senedi gereğince eşini ve kendisini iâşe ve iskâna mecbur bulunduğu savunmasında bulunmuş; konuyu değerlendiren Dersaadet Bidâyet Mahkemesi davacının yemini ve dava konusunun muaddün-li'l-istiğlâl (kiraya verilmek üzere ayrılan mal) olduğunun beyan edilmesi üzerine, Mecelle'nin konuyla ilgili maddeleri uyarınca davalının iddiasını reddetmiştir⁸⁴. Bununla birlikte istinâf aşamasında onaylanan karar, temyiz aşamasında bozulmuştur. Mahkeme bozma kararında Mecelle'nin eksik veya yanlış yorumlanan maddelerine dikkat çekmiş ve davanın yeniden görülmesine karar vermiştir⁸⁵.

Mecelle uygulanırken kimi zaman mahkemeler arasında görüş farklılıkları olabilmekteydi. Konuyla ilgili bir kararda zeytinlik icârının geçerli olup olmadığı bidâyet ve istinâf mahkemeleri tarafından farklı farklı değerlendirilmiş; Edremit Bidâyet Mahkemesi kira akdinin istihlâk-ı ayn (malın aslının tüketilmesi) üzerine kurulamayacağını ve konuya ilişkin Mecelle maddelerini beyan ederek, sözleşmenin her yönden kanuna aykırı olduğunu

⁸⁴ "...müddeialehyin mezkûr hâneyi tarih-i istid'âya değin otuz beş mahden beri işgal ettiği ikrarıyla ve bilâ-ücret ikâmetine müddeinin rıza ve muvâfakati olmadığı müddeinin icra kılınan tahlifiyle sâbit ve binâenaleyh mezkûr hânenin muaddün li'l-istiğlâl ve şehri üç mecdiye icâra mütehammil olduğu mu'teref bulunduğu ve müddeialehyin rütbe-i askeriyesi itibarıyla kâinpederi olan müddeinin kendisini iskâna nizâmât-ı askeriye ve taahüdât-ı vâkıâya mebni mecburiyeti tahliye ve ecr-i misil davasının merdûdiyeti icâb edeceği yolunda def'an dermeyan eylediği müdâfaasının reddine ve müddei müddeialehy tarafından beyan olunan şehri üç mecdiye ücreti kabul etmiş bulunmasına binâen **Mecelle'nin mevâd-ı mahsûsasına tevfikân zikr olunan hânenin bi't-tahliye müddeiye teslimine ve istid'â tarihi olan 17 Teşrinisâni 1326 tarihine kadar şehri altmış kuruştan müterâkim otuz beş aylık iki bin yüz kuruşla 18 Teşrinisâni 1326 tarihinden hîn-i tahliyyeye kadar miktar-ı mezkûr üzerinden işleyecek ecr-i mislin müddeialehyden tahsiline dâir mahkeme-i mezkûredan verilen i'lâmın ...**" (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 2, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1327, s. 90.)

⁸⁵ "İcâbı müzâkere olundukta i'lâm-ı mezkûr meâlinden münfehim olduğu üzere müddeâbih hânenin hayli müddet kiraya verilmekte idüğünü müddeialehy ifade etmiş ise de **bu ifade ile mezkûr hânenin Mecelle'nin dört yüz on yedinci maddesinde beyan ve ta'dâd edilen muaddün li'l-istiğlâl olduğu sâbit olamayacağı gibi bu misüllü ahvâlde ecr-i mislin lüzûmunda isti'mâl olunan malın Mecelle'nin beş yüz doksan altıncı maddesinde ta'dâd olunan emvâlden biri olması lâbüd iken bu cihet dahi sâbit olmamakla beraber mezkûr akârı müddeialehyin ne kadar müddet işgal eylediği dahi tahakkuk etmediği hâlde derece-i ülâ mahkemesince hüküm i'tâ olunmasının mugâyeret-i kanuniyesinden nâşi i'lâm-ı ibtidâinin İstinâf Mahkemesince feshiyle cihât-ı mezkûre hakkında tetkikât ve muhâkemât-ı lâzıma bi'l-icra tebeyyün edecek hâle göre hüküm i'tâ olunması iktiza eder iken esbâb-ı mezkûredan dolayı gayr-ı sahih olan i'lâm-ı ibtidâinin tasdikine karar verilmesi yolsuz ve mugâyir-i kanun olduğundan...**" (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 2, s. 91).

ifade etmiştir⁸⁶. İstînaf Mahkemesi ise, Bidâyet Mahkemesi'nin istihlâk-ı ayn üzerine yapılan akdi kıyâsen geçersiz bulmasının sebebinin, daha önceden bu tür kiralamaaların örfen yapılmaması olduğunu, şimdi ise zeytinlik icârının örf-âdet gereği yapıldığını belirterek akdin geçerli olduğuna hükmetmiştir⁸⁷. Temyiz Mahkemesi de, farklı yönlerden bozma kararı vermiş olmakla birlikte, zeytinlik icârının teâmül gereği sahih olduğunun çoğunlukla kabul edildiğini belirtmiştir⁸⁸. Burada da görüldüğü üzere, Mecelle uygulamasının şekillenmesinde Temyiz Mahkemesi kararlarının önemli bir rolü olmuştur. Nitekim zeytinliğin kira akdine konu olup olamayacağı hakkında Mecelle'de açık bir hüküm bulunmamaktadır⁸⁹. Bununla birlikte Mahkeme, çoğunlukla aldığı kararında, dönemin örf-âdeti gereği zeytinlik kirası akdinin geçerli

⁸⁶ "...mezkûr konturatoda müşterek ve mücirlerin her birilerinin hisseleri ayrı ayrı tayin edilmemiş ve bedel-i icâr hisseleri tespitinde ayrı ayrı zikr ve tasrih olunmamış ve icâre istihlâk-ı ayn (aşlının tüketilmesi) üzerine vâki' olup bu ise gayr-ı câiz bulunmuş olduğundan Mecelle'nin elli ikinci maddesi delaletiyle ve dört yüz kırk ve dört yüz elli ve dört yüz elli yedi ve beş yüz yirmi üçüncü ve mevâdd-ı müteâkibesi hükmüne tevfikân min külli'l-vücûh (her yönden) muhâlif-i kanun ve nizâm olan mezkûr kontratonun fesh ve i'tâsıyla..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 8, s. 382).

⁸⁷ "...Bidâyet Mahkemesince dahi icâre istihlâk-ı ayn üzerine vâki' olduğundan me'cûrun müddeilere teslimine karar verilmiş ve fi'l-vâki' istihlâk-ı a'yân üzerine akd-i icâr kıyâsen gayr-ı sahih bulunmuş ise de adem-i sıhhatin illet-i gâisi bu gibi zeytinlik ve bağ ve mîrî misüllü a'yânın icâr ve isticârının evvelce ma'rûf ve müteâmil olmaması ciheti olup halbuki bu makûle zeytinliklerin el-yevm icâr ve isticârı mütemâdiyen câri örf ve âdet icâbından bulunduğu ve mukâvelenâme münderecâtına nazaran bedel-i icârın ve me'cûrun muayyen olup esbâb-ı sâire dahi fesh-i akdi müstelzim olmadığından müddei veli Rıza ile Mustafa'nın akd-i icârın feshi hakkındaki davalarının reddiyle... (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 8, s. 382).

⁸⁸ "...İcâbı müzâkere olunduktan evvel emirde zikrolunan zeytinliğin icârı teâmüle binâen sahih olduğu ekseriyetle karargir olduktan sonra..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 8, s. 383).

⁸⁹ Mecelle'nin icâre kitabında konuyla ilgili açık bir düzenleme yer almamakla birlikte, zeytinlik kirasının ürün (hâsîlat) kirası olması ve Mecelle kapsamında bu tür akitlerde ortaklık (şirket) niteliğinin ön plânda kabul edilmesi nedenleriyle, konu mudârebe hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilmektedir. Mudârebede bir taraf sermayesini, diğer taraf ise emeğini ortaya koymakta; bu birleşimden elde edilen kâr taraflar arasında anlaşıkları oran miktarınca paylaşılmaktadır. Ortaya konulan sermaye ekime uygun bir arazi olursa, meydana gelen ortaklık müzâraa; bağ veya meyvelik olursa müsâkât olarak ifade edilmektedir. Bu nedenle Mecelle'nin kira hukuku kitabında hâsîlat kirasına değinilmemiştir (Arsebük, Esat: "Hususi Akit Tipleri Etrafında İncelemeler", AÜHFĐ, C. 6, S. 1, 1949, s. 10). Mecelle'nin onuncu kitabı olan "Kitâbü'l-Şirket"te bu ortaklıklara ilişkin hükümler, (mudârebe yedinci; müzâraa ve müsâkât sekizinci bölümlerde olmak üzere) ayrı başlıklar hâlinde düzenlenmiştir. Bkz. İlhan, s. 429-439.

olduğuna hükmetmiştir. Bu durum, bir hükmün uygulanması ve yorumlanmasında örf-âdetteki değişimin etkisini göstermektedir. Esasen bu şekildeki bir uygulama Mecelle'nin küllî kâidelerinin de gereğidir. Nitekim Mecelle'nin birçok maddesinde, uyumsuzlukların çözümünde örf-âdetin kaynak olduğu hususuna dikkat çekilmiştir⁹⁰.

Bu karar bakımından bir diğer önemli husus, davacının İstînaf Mahkemesi hükmünü temyiz ettiği dilekçesinde, mahkemenin verdiği kararın kanunî dayanaktan yoksun olduğuna işaret etmesidir. Bir diğer deyişle, İstînaf Mahkemesi'nin zeytinlik kirası akdini örfen geçerli kabul ederken, hangi kanun hükmüne dayandığını belirtmemiş olması temyiz nedenleri arasında yer almıştır⁹¹. Bununla birlikte Temyiz Mahkemesi bir başka kararında, hükmün sebep ve gerekçesi mevcut ise, kanun maddesinin aynen gösterilmemiş olmasını bozma nedeni saymamıştır⁹².

Konuyla ilgili bir diğer karar örneği, İzmir Bidâyet Mahkemesi'ne aittir. İtalyan tebaasından olan Petro Cepavini ve Rafaella ile Nesim Levi Efendi arasındaki kira uyumsuzluğunda, Nesim Levi Efendi mutasarrıfı olduğu ve Petro ile Rafaella'ya kiraladığı hanın kira bedelinin ödenmediği gerekçesiyle hanın tahliyesini ve tahliye kadar geçen sürenin sözleşmedeki

⁹⁰ Bkz. Mecelle, m. 36, 37, 38, 40, 41, 43, 45. Örf-âdetin dikkate alındığı çok sayıda karar vardır. İcâre akdine konu olan hayvanların, otlatmak üzere teslim alan ecîr (işçi) elinde emanet hükmünde olduğu, bunların telef olması veya zarar görmesi hâlinde işçinin tazminat borcu doğması için Mecelle hükmü gereği işçinin kasdı/iradesi (teaddî) veya taksirinin bulunması, ancak hüküm verirken hayvanları ahır dışında bırakmanın örf-âdetinde caiz olup olmadığının araştırılması gerektiği hakkında örnek i'lâm için bkz. Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 12, 1327, s. 487. Bunun yanında kimi zaman Temyiz Mahkemesi örf-âdetin uygulanmayacağı durumları da hükümlerinde belirtmiştir. Ecr-i müsemmanın ancak akit ile lâzım gelecek olması nedeniyle, teâmül ile ecr-i müsemmâ iddiasının reddi gerektiğine ilişkin bkz. Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 5, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1328, s. 197.

⁹¹ "...Müsted'î-i temyizler tarafından verilen lâyiha-yı temyiziye Mecelle'nin madde-i mahsûsası mücebine akd-i icâr sahih olmadığı halde icârın marûfiyeti hakkında İstînaf Mahkemesince ittihaz kılınan kararların ne gibi esbâba müstenid olduğu hakkında madde-i kanuniye irâe edilmeksizin ber-minvâl-i muharrer icârın sıhhatine karar verilmesi yolsuz ve mugâyir-i kanun olduğundan bahisle..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 8, s. 382-383). Temyiz nedenleri arasında hükmün kanunî gerekçelere dayandırılmamasının bulunduğu bir başka karar örneği için bkz. Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 10, s. 460.

⁹² "...hükmün ilal ve esbâbı dahi mevcut olduğundan mücerred hüküm mahâllinde maddenin aynen gösterilmemesi i'lâmın nakzını müceb esbâb-ı kanuniyeden olmamasına göre..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 2, s. 115).

kira bedeli (ecr-i müsemmâ) üzerinden ödenmesini talep etmiştir. Kiracılar dava konusunun yangında yandığı ve Nesim Levi Efendi tarafından tamiratın geciktiği, bu gecikmeden dolayı ise hanı kullanıp yararlanamadıkları ve zarara uğradıkları iddiasıyla, hanı kullanamadıkları süre için akdin fâsid olduğunu, bu süreden sonrası için ise kira bedelini ödemeye hazır olduklarını ifade etmişlerdir. Konuyu ve delilleri değerlendiren İzmir Bidâyet Mahkemesi, davacının iddiasını haklı bularak Mecelle'nin 468'inci maddesi gereği akdin feshi ve hanın tahliyesi ile tahliye zamanına kadar geçen günler için ödenmesi gereken kira bedelinin ecr-i müsemmâ üzerinden tahsil edilmesine karar vermiştir⁹³. Temyiz Mahkemesi ise, davalıların temyiz dilekçesinde itiraz ettikleri üzere, akdin feshinden tahliye zamanına kadar geçen günlerin bedelinin kira sözleşmesindeki miktar üzerinden değil, ecr-i müsemmâyı geçmemek şartıyla ecr-i misil üzerinden tespit edilmesi gerektiğini ifade ederek Bidâyet Mahkemesi kararını bozmuştur⁹⁴. Görüldüğü üzere burada da Mecelle, Bidâyet Mahkemesi kararında etkin olmuş, hükümlerin yanlış veya eksik uygulanması ise Temyiz Mahkemesi'nin bozma kararıyla önlenmeye çalışılmıştır.

c. Mecelle'nin İstînaf Yargulamaları Bakımından Etkinliği

Mecelle, istînaf yargulamalarında hüküm tesisinde de etkin rol oynamıştır. Konuyla ilgili bir kararda, İzzet ve Rıfat Ağalar ile Perikli Viverov arasındaki kira akdine ilişkin uyuşmazlık, öncelikle Ebniye Meclisi tarafından görülmüş, daha sonra Perikli'nin kararı istînaf etmesi üzerine İstînaf Mahkemesince incelenmiştir. Perikli ile İzzet ve Rıfat Ağa'lar Balat'ta Perikli'nin mutasarrıfı olduğu şîşehâne için yaptıkları kira akdini anlaşarak feshetmişler ve şîşehâne, demirbaş eşyası ile birlikte Perikli'ye teslim edilmiştir. Perikli, kiracılar tarafından, demirbaştaki eksik kısmın verileceğinin beyan edilip verilmediğini, bu nedenle şîşehaneyi kilitleyip kapalı tutmak

⁹³ "...şu sûretle müddei-i mezbûrun fesh-i icârla tahliye hakkındaki talebi muvâfık bulunmuş idiğine binâen Mecelle'nin 468'inci maddesi mücebince akd-i icârın feshiyle me'cûrun tahliyesine ve hîn-i tahliyeye değîn mürur edecek eyyâm bedel-i icâresinin ecr-i müsemmâ üzerinden tahsiline..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 9, s. 402).

⁹⁴ "İcâbı müzâkere olunduk da mahkemece keyfiyet-i müddeâ ber-vech-i muharrer bi'l-rû'ye hüküm ve karara rabt olunmuş ise de icâre-i mezkûrenin hîn-i feshinden tarih-i tahliyeye değîn güzerân edecek müddet için ecr-i müsemmâyı tecâvüz etmemek üzere ecr-i misle hükmedilmek lâzım gelirken bu cihet nazar-ı dikkate alınmayarak müddet-i mezkûre için dahi ecr-i müsemmâyı hükmedilmesi yolsuz ve mugâyir-i kanun olduğuna binâen..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Cüz: 9, s. 402-403).

durumunda kaldığını iddia etmiş ve kapalı kaldığı süre boyunca ödenmesi gereken kirasının davalılardan tahsil edilmesini talep etmiştir. Davalılar bu konuda anlaşma olmadığını, kendilerinin rızası olmaksızın Perikli'nin kilit takması üzerine protesto çekerek bundan sonra şişehâneyi kabul etmediklerini ve geri almasını ihtar ettiklerini beyan etmişler, içerideki eşyalarını ise şişehânenin kapalı olması nedeniyle alamadıklarını bu nedenle geçen süre için kira ödemeyeceklerini belirtmişlerdir⁹⁵.

İddiaları değerlendiren İstînaf Mahkemesi, Mecelle'nin 594'üncü maddesinde kiralananın red ve iadesinin kiracının sorumluluğunda olmayıp, kiralananı teslim alma yükümlülüğünün kiraya veren üzerinde olduğunun belirtilmesi nedeniyle, şişehâneyi geri alma yükümlülüğünün Perikli'ye ait olduğunu ve Perikli'nin belirtilen tarihten sonrası için kira talep etmeye hak

⁹⁵ "...Perikli'nin Balat'da mutasarrıf olduğu şişehânenin müste'cirleri İzzet ve Rıfat Ağa'lar ile beynlerinde tekevün eden münâzaa hakkında aleyhine olarak mefsûh Ebniye Meclisi'nden verilen karara itiraz ile istinâf-ı dava eylemesi üzerine Meclis-i mezkûrun kararnâmesi lede'l-mütâlaa netice-i hükmü şişehânenin icâr ve isticârına dair tarafeyn beyninde mün'akid olan mukâvele tarafeynin muvâfakati üzerine fesh ile şişehâne demirbaş eşya ile beraber Perikli'ye devir ve teslim kılınmış ve demirbaş noksanı dahi verileceği müste'cirler tarafından beyan olunmuş olmasına mebni mukâvele senedinin icâr ve isticâra dair olan cüz'ünün mefsûh tutulmasına ve âcir-i merkum şişehâneye kilit ta'lik ettiğini itiraf etmekte ise de asıl ihtarı müste'cirler nezdinde bulunup adem-i küşâdı müste'cirlerin fesh-i mukâvele için verdiği kararı icra edememelerinden neş'et eylediğini iddia ile şişehânenin seddine sebep oldukları cihetle mesdûd olduğu müddet kirasının merkûmândan tahsili lâzım geleceğini ifade etmekte ve merkûmân ise iddia olunan kararı tekzib eylemekte oldukları ve işbu muhâlefeti def' edecek bir varaka irâe olunmadığı cihetle kira münâzaasının faslı şişehânenin mesdûdiyetine sebep olan cihetinin tahkikine mütevakkıf bulunmuş ve mücir-i merkûm fesh-i mukâvele için beynlerinde karar verilmediğine dair merkûmân yemin eder ise kira iddiasından sarf-i nazar edeceğini beyan eylemiş olmasıyla evvel emirde fesh-i mukâvele hakkında beynlerinde karar vermediklerine dair İzzet ve Rıfat Ağa'ların tahlifine karar verildiğini mutazammın olup merkûm Perikli icâr mukâvelesi tarafeynin rızasıyla 19 Ramazan sene 87 tarihinde fesholunduğunu ve hatta şişehânenin bazı mahallerine tarafından kilit ta'lik kılındığını beyan ettiği ve merkûmânın 6 Şevval sene 87 tarihli protestonâmelerinde dahi rızaları olmaksızın Perikli tarafından kilit ta'lik olduğundan bahisle ba 'dezin şişehâneyi kabul etmeyip üç güne yani 9 Şevval sene 87 tarihine kadar şişehâneyi geri alıp konturatoyu reddetmesi ihtar olunmuş ve bu hâlde fesh-i icâr 9 Şevval sene 87 tarihinde vukubulmuş idiği tebeyyün ederek ancak Perikli şişehâne 26 Zilhicce sene 87 tarihinden evvel tahliye olunmadığı hasebiyle bu tarihe kadar işleyen kirayı iddia etmekte ve merkûmân dahi şişehânedeki bulunan eşyalarını kaldırmamaları şişehânenin sedd olduğu cihetle derûnuna girememelerinden neş'et edip kira vermeyeceklerini serd ve beyan eylemekte olmalarıyla..." (Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 24, 7 Şaban 1290, s. 321).

ve yetkisinin bulunmadığını, ancak belli tarih aralıklarındaki kira bedelinin ödenmesi gerektiğini beyan etmiştir⁹⁶.

Bu bedeli ödemek istemeyen davalılar kararı temyiz ederek, kira akdinin feshine davacının sebebiyet verdiğini ve şîşehânedede bulunan kendilerine ait belirli değerdeki malların, Perikli tarafından zabt olunup satıldığını ifade ederek, İstînaf Mahkemesi'nin yalnızca kira davasını çözüme kavuşturup kendi haklarını dikkate almadığını, bunun ise kanuna aykırı olduğunu belirtmişlerdir⁹⁷.

Temyiz yargılaması sırasında Perikli'nin davalıların mallarını sattığını, fakat bunu kira bedeli alacağına karşılık yaptığını itiraf etmesi üzerine, Temyiz Mahkemesi davalıların bir miktar borcu var ise de, alacaklarının bulunduğu iddia etmeleri nedeniyle istînâf yargılamasını muhâkeme usulüne aykırı bulmuş ve i'lâmı bozmuştur⁹⁸. Karardan anlaşıldığı üzere Temyiz

⁹⁶ "...îcâbı lede'l-müzâkere **Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin beş yüz doksan dördüncü maddesinde me'cûrun red ve iadesi müste'cirin üzerine lâzım olmayıp icârenin inkizâsında me'cûrun ahzı âcir üzerinedir deyu mestûr olduğundan bu madde mücebince** vukû-ı fesh-i icârede şîşehâneyi ahz eylemek merkûm Perikli üzerine lâzım olduğuna binâen mâr'üz-zıkr 9 Şevval sene 87 tarihinden sonra Perikli'nin kira talebine hak ve salâhiyeti olamayacağına ve şu hâlde icâr mukâvelesi tarihi olan seksen yedi senesi Şaban'ı ibtidâsından itibaren Şevval'in dokuzuncu gününe değin iki ay dokuz günde icâb eden iki bin üç yüz kuruştan Perikli'nin kabzını mu'terif olduğu bir aylık bin kuruş bi't-tenzil bâki bin üç yüz kuruşun İzzet ve Rifat Ağa'lardan tahsiline..." (Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 24, s. 321-322).

⁹⁷ "...îcârın feshine sebebiyet verdiği ve kendilerinin ısrârına bâdi olduğu hîn-i muhâkemedede tebeyyün eylediği hâlde icârın tediyesi hakkında olan hükmü kabul edemeyecekleri ve şîşehânedede memur ve esnaf huzurunda sebt-i defter olunmuş ve olunacak on bin kuruşluk miktarı mallarını Perikli'nin zabt ve fûruhat eylediği ve beş altı bin kuruş ikrarı tahtında bulunduğu hâlde Mahkeme-i İstînâfiye yalnız icâr davasını fasl edip kendi haklarının kâle alınmaması mugâyir-i nizâm olduğu..." (Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 24, s. 322).

⁹⁸ "...Mahkeme-i İstînâfiye'de Perikli'nin 9 Şevval sene 87 tarihinden sonra kira talebine hakkı olamayacağına ve mezkûr tarihe değin işlemiş olan kiradan gayraz teslim hakkı olan bin üç yüz kuruşun İzzet ve Rifat Ağa'lardan tahsiline hükmolunmuş ise de Mahkeme-i Ticaret'de ve Ebniye Meclisi'nde müddeî bulunan merkûmân İzzet ve Rifat Ağa'lar sâir iddiaları miyânında mezkûr şîşehânedede olup kendilerine ait bulunan mallarından bir miktarını merkum Perikli'nin sattığını dermeyan ve bunu Perikli dahi itiraf eylemiş ve Mahkeme-i İstînâfiye i'lâmında hikâye olunan lâyiha-yı cevâbiyelerinde kendilerinin dokuz bin kuruşluk miktarı malları Perikli tarafından satılıp esmânî tevkîf kılındığını ve hîn-i muhâkemedede dahi kiradan Perikli'ye bir miktar borçları görünür ise de kendilerinin merkurda alacakları bulunduğunu iddia etmiş oldukları hâlde **Mahkeme-i İstînâfiye esâsen müddeî bulunan İzzet ve Rifat Ağa'ların bu iddialarını meskût-anh ve hükümsüz bırakıp da yalnız icâr maddesine hükmetmesi usûl-i muhâkemeye muhâlif idiğinden mezkûr i'lâm nakzolundu...**" (Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 24, s. 323).

Mahkemesi, İstinaf Mahkemesi'nin Mecelle hükümlerini uygulayışını yerinde bulmuştur. Bozma kararını ise, davalıların iddialarının tamamını çözüme kavuşturmamasından, bir diğer deyişle yargılamanın eksik yapılmasından dolayı vermiştir.

d. Mecelle'nin Temyiz Yargulamaları Bakımından Etkinliği

Temyiz Mahkemesi, Mecelle uygulamasının şekillenmesinde önemli bir işlev görmüştür. Bu durum kanun maddelerinin hem yorumlanması, hem de uygulanması bakımından geçerlidir. Konuyla ilgili çok sayıda karar olmakla birlikte, daha özgün ve farklı nitelikte addedilebilecek birkaç karar üzerinden değerlendirme yapmak mümkündür.

Kira akdinin türleri kısmında belirtildiği üzere, Mecelle kapsamında kira akdi, salt kira hukuku kapsamında değerlendirilebilecek hükümlerin yanında, günümüzde iş/hizmet akdi kapsamında yer alan hususları da içermektedir. Konuyla ilgili bir karar ise, günümüzde isimsiz sözleşmeler kapsamında değerlendirilen yatılı özel okul sözleşmesinin, Osmanlı'da kira akdi kapsamında incelendiğini göstermektedir. Yatılı özel okul sözleşmesinde, taraflardan biri eğitim, barınma, yeme-içme hizmetlerine karşılık belirlenmiş olan ücreti ödemeyi taahhüt etmektedir. Beyoğlu Bidâyet Mahkemesi kararına yansıyan Fransız Vatelo Mektebi ikinci müdürü İlyadi Efendi ile Penayotaki arasındaki uyuşmazlıkta, Penayotaki küçük kayınbiraderini velisi sıfatıyla Fransız Vatelo mektebine kaydettirmiş, en başta altı aylığı peşin istenen kayıt ücretini, İlyadi Efendi'ye emanet olarak bıraktığını beyan etmiştir. Penayotaki okula bir gün giden küçük kayınbiraderinin söz konusu Mekteb'i beğenmemesi ve babasının da devamına razı olmaması nedenleriyle, ödediği bedelin iadesi için dava açmıştır. İlyadi Efendi, Mekteb'in dahili nizamnâmesi gereğince, altı aylık ücretin peşin verileceğinin şart olduğu hususunun Penayotaki'ye açıklandığını, bu hususta nizamnâmeyi davacıya verdiğini ve davacının bunu mütâlaa ettikten sonra kayıt ücreti olmak üzere bir bedel ödediğini, küçük kayınbiraderin de öğrenci sıfatıyla Mekteb'e başladığını ifade ederek dâhili nizamnâme gereğince davacının sözleşmeden dönmeye hakkı olmadığını beyan etmiştir. Konuyu değerlendiren Bidâyet Mahkemesi, itiraz aşamasında gösterilecek kanuni def'inin incelemesine kadar, talep edilen on bir liradan yarım lirasının yemek ücreti olarak düşüldükten sonra, geri kalan kısmın faiziyle birlikte davacı Penayotaki'ye iadesine karar vermiştir⁹⁹.

⁹⁹ "...müddeî Penayot'un müddeâleyh zimmetinde matlûbu olan on bir liradan yarım lirasının yemek ücreti olarak bi't-tenzil mütebâkî on buçuk liranın mea faiz tahsili

Kararı temyiz eden davalı, akdin tamamlanmış olduğunu ve ödenen paranın şarta bağlı olarak verildiğinin davacı tarafından ispat edilmesi, aksi hâlde bu durumu inkâr eden kendisine yemin ettirilmesi gerektiğini ifade ederek kararın bozulmasını talep etmiştir¹⁰⁰.

İddiaları değerlendiren Temyiz Mahkemesi, peşin verilen ücret ile kira bedelinin bağlayıcı (lâzım) hâle geleceğini ve Mecelle hükmü gereği kira akitlerinin bağlayıcı olup taraflardan birinin özürsüz olarak akdi feshe yetkileri bulunmadığını, aynı zamanda Mekteb'in eğitimi vermeye hazır olduğunu beyan ederek Bidâyet Mahkemesi kararını bozmuştur¹⁰¹. Yukarıda incelenen kararda görüldüğü üzere mahkemeler, Mecelle'de yatılı özel okul sözleşmesi düzenlenmemiş olsa bile, sözleşmenin kira ve hizmet niteliğinden hareketle, ilgili kanun hükümlerini uygulayabilmişlerdir. Dolayısıyla buraya kadar incelenen diğer kararlar da dâhil olmak üzere, hâkimlerin örf-âdet, kıyas gibi hukukun diğer kaynaklarından yararlanmak sûretiyle Mecelle'nin uygulama alanını genişlettiklerini söylemek mümkündür.

Bir diğer karar, Nikola ile Dâye Hatun köyü arasındaki kira uyuşmazlığına ilişkindir. Nikola Çatalca Bidâyet Mahkemesi'ne başvurarak, Dâye Hatun köyü sınırları içinde bulunan ve mutasarrıfı olduğu mer'a, çayır, orman ve tarlaları içeren arazi-i mevkûfenin (vakıf arazinin), köy halkı tarafından dokuz yıllığına kiralandığını, fakat kira bedelinin ödenmediğini belirterek dokuz yıllık ecr-i misil ödenmesi talebinde bulunmuştur. Köy halkı ise arazi-i mevkûfeden doğan davaların şer'î mahkemede görülmesi gerektiğini

hakkındaki iddiası muvâfık-ı kanun bulunmakla inde'l-itiraz serd olunacak def-i kanununin tetkikine talikan müddeâbih on buçuk liranın mea-fâiz müddeâleyh İlyadi Efendi'den bi't-tahsil müddei Penayotaki Efendi'ye i'tâsına..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 8, s. 344-346).

¹⁰⁰ "...talebe-i mûmaileyhin hüsn-i hâl ve iktidarını musaddak getirdiği tavsiyenâme ile mekteb nizamnamesine muvâfık olarak kaydedilmiş olduğundan akd-i vâki' tamam idiği ve Bidâyet Mahkemesince paranın şarta talikan bırakıldığıнын müddeiye ispat ettirilmesi ve aksi hâlde münkir bulunan kendisine yemin ettirilmesi lâzım gelirken mahkeme-i mezkûrece bu cihâttan bi'z-zühul ber-minvâl-i muharrer karar verilmesi yolsuz ve mugâyir-i kanun olduğundan bahisle i'lâmın nakzı..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 8, s. 345).

¹⁰¹ "...ücret-i tedrisiye bulunan bedel-i icâr altı aylık ücret olmak üzere i'tâ ve teslim edilmiş ve mektep dahi ber-muceb-i taahhüt çocuğu kabul eylemiş olduğuna ve **ta'cîl-i ücret ile bedel-i icâr lâzım geleceğine ve icâre ukûd-u lâzmeden olarak Mecelle'nin dört yüz altıncı maddesi mücebince ehad-ı âkideynin feshe salâhiyeti olmadığına ve mektep ise ber-muceb-i taahhüt çocuğun talimine müheyya olduğuna göre mahkemece müddeinin davası reddedilmek icâb ederken bu cihetten zühul olunarak ber-vech-i meşrûh karar verilmesi yolsuz ve mugâyir-i kanun olduğuna binâen...**" (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 8, s. 346).

ve ahâlinin tamamından kira bedeli talep edilmesinin hukuka aykırı olduğunu gerekçe göstererek davanın reddini talep etmiştir¹⁰².

Bidâyet Mahkemesi, söz konusu yerlerin davacının tasarrufunda olduğunu ibraz edilen senedât-ı hâkâniye (tapu senedi) ile tespit ettikten sonra, yaptığı değerlendirme neticesinde, duruşmaya katılmayan köy halkının belirtilen yerlere müdahaleden men'ine ve toplam sekiz yüz on lira ödemelerine gıyâben karar vermiştir¹⁰³. Köy halkının itiraz aşamasında da davayı takip etmemeleri üzerine, sonradan ileri sürdükleri arazinin kendi tapularında olduğu, fakat her nasılsa Emniyet Sandığı eski kâtibi Veliyüddin Bey adına geçirilmiş olduğu iddiaları da reddedilmiştir. Bu süreçte davacı Nikola ve mirasçısı Toma sırasıyla öldüklerinden, davanın tarafı Toma'nın geride kalan eşi Olga ve köy halkının davaya dâhil edilmesini istediği Veliyüddin Bey olmuştur. İlk derece mahkemesi kararının köy halkı tarafından istinâf edilmesi üzerine, mahkeme tarafından, kavm-i gayr-i mahsurun¹⁰⁴ üçüncü kişinin uhdesinde bulunan bir araziyi kiralamaya kanunen izni bulunmadığı, bu nedenle arazi bakımından ecr-i misil ödenmesi gerekmeyeceği gerekçesiyle davacının iddiasının incelenmesine gerek görülmemiştir¹⁰⁵.

¹⁰² "...Toma'nın müverresi Nikola Çatalca Bidâyet Mahkemesi'ne müracaatla mezkûr Dâye Hatun karyesi hududu dâhilinde kâin mutasarrıf olduğu mer'a çayır orman ve tarlaları hâvî arazi-i mevkûfeyi karye-i mezkûre ahâlisi dokuz sene müddetle istîcar eyledikleri hâlde bedel-i icârî te'diye eylemediklerinden ve mukâvele zâyî olduğundan dokuz senelik ecr-i mislinin tahsilini dava ve müddeâleyhim dahi arazi-i mevkûfeden olan müddeâbihin davası mahkeme-i şer'iyede ikame edilmek lâzım geldiği gibi umum karye ahâlisinden bedel-i icâre dava edilmek yolsuz olduğundan davanın reddini müdafaaaten inbâ eylemeleri..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 10, s. 459).

¹⁰³ "... mârr'üz-zikr mahâllerin müddeînin uhde-i tasarrufunda olduğu mübrez senedât-ı hâkâniye ile mütehakkık olduğundan müddeînin icâr hakkındaki davasını inde'l-itaraz ispat edemediği takdirde müddeâleyhimin yeminden nükullerine ta'likan mârr-üz zikr mahale müddeâleyhimin müdahalesinin men'iyile senevî doksan liradan dokuz senelik ücreti olan sekiz yüz on liranın müddeâleyhimden tahsiline dair sâdır olan i'lâm-ı gıyâbiye..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 10, s. 459).

¹⁰⁴ Yüz kişiden fazla olan köy halkı "kavm-i gayr-i mahsur" olarak ifade edilmektedir. Bkz. Mecelle, m. 1646.

¹⁰⁵ "... mezkûr karye ahâlisi istinâf-ı davaya kıyam ve Toma'nın dahi vefâtıyla verâseti sigâr eytamiyla zevcesi Olga'ya münhasır olarak asâleten ve vesâyeten mezbûre ve mûmaileyh Veliyüddin Bey dahi isbât-ı vücûd eyledikten sonra hükm-i ibtidâi feshedilerek sebk eden muhâkeme üzerine kavm-i gayr-i mahsurun şahs-ı sâlis uhdesinde bulunan araziyi istîcar eylemesine mesağ-ı kanunî olmadığından ve arazide ecr-i misil i'tâsı lâzım gelmeyeceğinden müddeî bulunan veresenin iddiasının ve şahs-ı sâlis Veliyüddin Bey'in dahi artık istid'âsının tetkikine mahâl olmadığından bunun da istid'âsının reddi hakkında istinâfen sâdır olan i'lâmın..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 10, s. 459-460).

İ'lâmın temyizi üzerine Temyiz Mahkemesi, istînâf yargılamalarının istînâf olunan i'lâmla sınırlı olması gerektiğini, İstînâf Mahkemesi'nin ise gıyâben verilen i'lâmı dahi değerlendirdiğini belirterek, bu durumun kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiş; fakat İstînâf Mahkemesi önceki kararında direnmiştir. Konuyu değerlendiren Temyiz Mahkemesi, arazinin köy halkı adına kiralanmasını ve kira akdinin köy halkına izâfe edilmesini dikkate alarak, buradaki vekâletin¹⁰⁶ esasen risâlet¹⁰⁷ türünden olduğunu belirtmiş ve bu tür akitlerde vekilin ve mürselin (risalet eden kişinin) belirli olmasının ve risâletin belirli bir kişi adına yerine getirilmesinin gereğine işaret etmiştir. Mahkeme, müvekkilin belirli olmaması durumunda vekâletin butlanı nedeniyle akdin sadece vekil adına nâfiz (işler/etkin) olması gibi, mürsilin (risâlet veren kişi) belirli olmaması hâlinde de akdin tamamen bâtil olduğunu; bu nedenle somut olaydaki akit vekâleten ya da risâleten yerine getirilmiş olsa da, davacının kira bedeli ile ilgili taleplerinde köy halkına husûmet yönlendiremeyeceğini ifade ederek, İstînâf Mahkemesi kararının bu kısmını onaylamıştır. Fakat Mahkeme, Bidâyet Mahkemesi yargılamasında köy halkının araziye el koyduğunun delil ile ispatlandığı ve Mecelle'nin 1635'inci¹⁰⁸ maddesi gereği tasarruf-ı akâr davasında davacının davalılara husûmet yönlendirebileceği gerekçeleriyle, davanın çözüme kavuşturulması gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁹. Bu yönüyle istînâf i'lâmının

¹⁰⁶ Vekâlet, bir kimsenin, işinin yapılmasını bir başkasına bırakması ve o işte onu kendi yerine ikame etmesi demektir. Bkz. Mecelle, m. 1449.

¹⁰⁷ Risâlet, bir kimsenin, işleme/tasarrufa dâhil olmadan, bir başkasının sözünü diğer bir kimseye bildirmesidir. Bkz. Mecelle, m. 1150.

¹⁰⁸ "Dava-yı aynde hasım ancak zilyettir." (Mecelle, m. 1635).

¹⁰⁹ "İcâbı müzâkere olundukta her ne kadar müsted'iler tarafından evvelce ve bu kere serd olunan itirâzâta istinaden i'lâm-ı mümeyyez-bihin nakzı talep olunmakta ise de bidâyet mahkemesinde müddeâleyhimin vaz'-ı yedi bi'l-beyyine sâbit ve Mecelle'nin bin altı yüz otuz beşinci maddesi mücebince müddeînin müddeâleyhime husûmetinin teveccühü mütebeyyin olduktan sonra mahkeme-i istînâfda i'lâm-ı ibtidâi feshedilse dahi evvelce sâbit olan vaz'-ı yedin tekrar ispatına fayda olmayacağı ve Veli Bey'in ahâli tarafından dâhil-i muhâkeme edilmesini müceb sebeb-i kanunî mevcut bulunmadığı ve müddeînin sûret-i davasına nazaran arazi karye nâmına istîcar ve akd-i icâre ahâli-i karyeye izafe edilmiş olmakdan nâşi bu vekâlet risâlet kabilinden olmakla beraber bu gibi ukûdda müvekkil ve mürsel malûm olmak ve risâlet dahi şahs-ı malûm nâmına ifa edilmek lâbûd olup müvekkilin ceahâletiyle beraber akde mübâşeret eden vekilin akdi müvekkil nâmına nâfiz olmayıp butlan-ı vekâlet sebebiyle vekil üzerine nâfiz olacağı misillü mürsilin ceahâletiyle ifa edilen akit dahi bi'l-külliyeye bâtil olacağından akd-i mezkûr gerek vekâleten ve gerek risâleten ifa edilmiş olsun bundan dolayı müddeînin ahâli-yi karyeye husûmeti müteveccih olmayacağından bedel-i icâreye müteallik mütâlebât hakkında müddeînin husûmeti müddeâleyhime müteveccih olmayacağı ve Veli Bey'in dahi bu davada sıfatı bulunmadığı cihetle bedel-i icâreden dolayı redd-i dava ve Veli

sadece davanın görülmesine gerek olmadığını belirten kısmı bozulmuş ve husûmetin köy halkına yönlendirilebilmesi, araziye el koyma durumunun varlığı nedeniyle kabul edilmiştir. Davanın bu durumda kira bedeli davasından, el koymanın önlenmesi davasına dönüştüğünü ve davacının malın aynındaki tasarruf hakkının korunması amacıyla davalı köy halkına husûmet yönlendirebildiğini söylemek mümkündür. Kararda köy halkına risâlet edildiğini tespit eden Mahkeme, risâlet edilen kimselerin/köy halkından kimlerin akde taraf olduğunun açıkça biliniyor olmasını, sözleşmenin geçerlilik şartları arasında saymıştır. Fakat tasarruf-ı akâra ilişkin uyuşmazlıkta husûmetin zilyet olan köy halkına yönlendirilebileceğini belirtmesi, bazı davalar bakımından köy halkının adeta bir tüzel kişi gibi davaya taraf olabildiğini göstermesi bakımından önemlidir.

Mecelle'nin 1617'nci maddesi de, davalının belirli olmasını şart koştuğundan, bu kararın hukukî dayanakları arasında yer alabilecektir. Maddede belirtildiği üzere, bir kimse filan köy halkından birinden veya birkaçından alacağı olduğunu iddia etse, bu geçerli olmayıp davalıyı tayin etmesi gerekir.

Konuyla ilgili bir başka karar, kira akdinin nisbîliğine dikkat çeken ve belediyelerce yapılan kiralamalardan/ihaleden doğan uyuşmazlıklarda da Mecelle'nin uygulama alanı bulduğunu gösteren bir karardır. İlgin Bidâyet Mahkemesi'ne başvuran Ahmed Hilmi Efendi, Konya vilâyetine tabi İlgin kazâsı¹¹⁰ çarşısındaki bir bâb dükkânın, belediye tarafından kendisine ihale edildiğini, fakat önceki kiracı olan Hacı İsâî'nin söz konusu dükkânı kendisine teslim etmediği gibi, dört ay dokuz gündür fazladan oturmakta olduğunu belirterek, fazladan oturduğu günün kira bedelinin kendisine ödenmesini

Bey'in muhâkemededen ihracı hakkındaki karar muvâfık-ı usûl ve kanun olmakla bu cihete mütedâir olan hükm-i istinâfinin Usûl-ı Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu'nun iki yüz kırk ikinci maddesinin fikra-i sâniyesi mücebince tasdikine ve fakat **müddeâleyhimin arazi-i münâzi-fihâya vaz'-ı yedi bi'l-beyyine sâbit olmuş ve Mecelle'nin bin altı yüz otuz beşinci maddesi mücebince müddeîyenin tasarruf-ı akâr hakkındaki davasında müddeâleyhime husûmeti mütevecceh bulunmuş olduğu cihetle bu davanın hall ü fash lâzım gelirken mahkemece adem-i teveccüh-i husûmete karar verilmesi muhâlif-i kanun olduğundan** kanun-ı mezbûrun iki yüz otuz iki ve iki yüz kırk dördüncü maddeleri ahkâmına tevfikân i'lâm-ı mezkûrun bu cihet hakkındaki fikra-i hükmiyesinin nakzıyla..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 10, s. 460-461).

¹¹⁰ Karar metninde İlgin kazâsı için "kasaba" ifadesi kullanılmıştır. Sehven olabileceğini düşündüğümüz bu yazım hatası tarafımızca düzeltilmiştir. İlgin'in Konya vilâyetinin bir kazâsı olduğuna ilişkin bkz. **Topkaya**, Adem: Salmâmelere Göre Konya Vilayeti (Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Yapı), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007, s. 14.

istemiştir¹¹¹. Bu durumu doğrulayan davalı, kira bedelini belediyeye ödeyeceğini, davacıya ödemeyeceğini beyan etse de, Bidâyet Mahkemesi, fazladan oturlan süre kirasının davacıya ödenmesine karar vermiştir. Kararı inceleyen Temyiz Mahkemesi, kiraya veren belediyenin, kira konusu malı ikinci kiracıya teslim etmediği durumlarda, ikinci kiracının ilk kiracıdan kira bedeli talep etmeye hak ve yetkisi bulunmadığını, çünkü kira bedeli talep etme yetkisinin sözleşmeden doğan bir hak olup kendisinin sözleşmeye taraf olmaması nedeniyle böyle bir hakkı kullanmadığını ifade etmiş; bu durumda ikinci kiracının ancak kendi kiraya vereni olan belediyeye, Mecelle'nin 477'nci maddesi gereği, işgal müddeti kadar olan kira bedelini vermeyeceğini belirterek bozma kararı vermiştir¹¹².

3. İddia ve Savunma Dilekçelerinde Mecelle'nin Etkinliği

Mecelle, hâkimler tarafından hüküm tesisinde dikkate alındığı gibi, iddia ve savunmalarını güçlendirmek isteyen taraflarca/taraf vekillerince de hukukî dayanak olarak kullanılabilmiştir. Konuyla ilgili bir örnekte, istinâf mahkemesi kararını temyiz eden davacı vekili, davalının muvazaa iddiası ve istinâf mahkemesinin bunu kabul etmesi karşısında, söz konusu mahkeme i'lâmının konuyla ilgili irade-i seniyye ve Mecelle'ye aykırı olduğu gerekçesiyle bozulması gerektiğini beyan etmiştir¹¹³.

¹¹¹ "...kasaba-i mezkûre çarşısında vâki' ve belediyeye ait bir bâb dükkân bir bâb mezar kâimesi mücebine üç yüz yirmi üç senesi Mart'ı ibtidâsından itibaren bir seneliği lira-yı Osmanî yüz iki buçuk kuruş hesabıyla bin üç yüz elli kuruş bedel ile tarafına ihale olduğu hâlde evvelce müste'ciri bulunan merkûm Hacı İsâî mezkûr dükkânı kendisine teslim etmediği gibi dört mâh dokuz gün fuzûlî oturmakta olduğundan bahisle müddet-i mezkûre bedel-i icârî olup merkûm zimmetinde matlûbu olan dört yüz seksen üç kuruş otuz paranın merkûm İsâî'den tahsilini..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 11, s. 506-507).

¹¹² "İcâbı müzâkere olundukta mahkemece keyfiyet ber-vechi muharrer hüküm ve karara rabtolunmuş ise de **mûcir bulunan belediye tarafından me'cûrun evvelki müste'cir-den bi't-tahlîye ikinci müste'cire teslimi vâki' olmaksızın müste'cir-i evvel orada ikamette devam eylemiş olduğu takdirde müste'cir-i sâninin merkûmdan bedel-i icâr talep etmeye hak ve salâhiyeti mefkûd çünkü bedel-i icâre talep etmek hukûk-ı akitten olup kendisi âkid olmamakla bu hak kendisinden meslûb olup yalnız kendi mûciri bulunan daire-i belediyeye müste'cir-i evvelin işgâli müddetine ait olan eyyâm için Mecelle'nin dört yüz yetmiş yedinci maddesi mücebine bedel-i icârı vermemesi lâzım geleceğine göre** mahkemece bu cihetler nazar-ı dikkate alınmaksızın ber-vechi meşrûh karar verilmesi muhâlif-i kanun olduğuna binâen Usûl-ı Muhâkeme-i Hukukiye Kanunu'nun iki yüz kırk birinci maddesi mûcibince i'lâm-ı mezkûrun nakzıyla..." (Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Cüz: 11, s. 507-508).

¹¹³ "...sâlif'üz-zikr bağım muvâzaaten müvekkili uhdesinde bulunduğu dair bir sarahat olmadığı ve bedel-i ferağa bir miktar zamm vuku'unda mezkûr bağım Hanım

Bir başka karar, kira akdine aracılık yapan dellalın (tallalın/aracı kişinin) alamadığı dellâliye ücreti hakkındadır. Bu ücreti ödemek istemeyen davalının, temyiz dilekçesinde Mecelle'ye dayanarak savunma yapması dikkat çekicidir. Davalı davacının dellâl olduğunun ispat edilmesi gerektiğini ve dellâliye vergisi ödemeyenlere dellâliye ücreti ödenmesi gerektiğini, kira konusu malın başkası aracılığıyla kiralandığını ve Mecelle'nin 563 ile 577'nci maddeleri gereği, davacının böyle bir davaya hak ve yetkisi bulunmadığını ifade etmiştir¹¹⁴.

Sonuç olarak davanın tarafları/ taraf vekilleri, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den etkin bir şekilde yararlanmışlar ve dilekçelerindeki iddia veya savunmaları Mecelle hükümleri ile güçlendirmişlerdir.

SONUÇ

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Osmanlı Devleti tarafından Tanzimat döneminde çıkarılan ve bazı İslâm özel hukuku hükümlerinin Hanefî mezhebinin görüşleri doğrultusunda derlendiği bir kanun kitabıdır. Mecelle, yerli bir kanun olması bakımından önem taşımaktadır.

Mecelle'de kira hukukuna ilişkin hükümler, "Kitâbü'l-İcârât" başlıklı ikinci kitapta geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Mecelle'deki tanıma göre icâre, *belirli bir menfaatin belirli bir bedel karşılığında satılmasıdır*. İslâm hukukçuları arasında menfaatin mal olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, Hanefî hukukçular istihsân gereği menfaatin mal olduğunu ve hukukî işlemlere konu olabileceğini kabul etmişlerdir.

Tanzimat dönemi, yeni kanunlaştırma faaliyetlerinin yanı sıra, yeni mahkemelerin kurulduğu, devletin idare, siyaset, hukuk, ekonomi, ticaret gibi birçok alanda değişim ve dönüşüm yaşadığı bir dönem olmuştur. Bu

mûmâileyhaya kasr-ı yed edileceğinin beyan olunması dahi mücerred ferağ-ı sâni müstakbel sıygasıyla va'd etmekten ibaret olarak bununla müvekkilinin iade-i ferağa icbar edilemeyeceği bedihi bulunduğu hâlde **Mahkeme-i İstînafiyeye sened-i mezkûrun münderecât-ı meşruhasından muvâzaa mânâsının istihracıyla ber-minvâl-i muharrer hüküm ve karar verilmesi muvazaa hakkında sâdir olan irade-i seniyyeye ve Mecelle'nin yüz yetmiş birinci maddesine mugâyir olduğundan...**" (Ceride-i Mehâkim, S. 83, 9 Rebiulevvel 1298, s. 661).

¹¹⁴ "...rûsûm-ı dellâliyyeyi ifa etmeyenlere ücret-i dellâliye i'tâsı iktiza etmeyeceği gibi Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin beş yüz altmış üçüncü maddesi mantukunca bu bâbda ücret iddiasına ve ber-vechî muharrer mezkûr mağaza âheri marifetiyle icâr olduğundan yine Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin beş yüz yetmiş yedinci maddesi mücebince kezalik davaya merkur İstavri'nin hak ve salâhiyeti bulunmadığını mütezammındır." (Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 17, 18 Cemaziyelahir 1290, s. 206).

dönemde kurulan nizâmiye mahkemelerinin görevlerinden biri, sözleşmelerden (konturatodan) doğan uyuşmazlıkları incelemektir. Mecelle söz konusu mahkeme hâkimlerine, dava konusuna ilişkin hükmü bulma ve uygulama kolaylığı vermekteydi.

Nizâmiye mahkemesi kararları incelendiğinde, Mecelle'nin uygulamada etkin bir kanun olduğu görülmektedir. Mahkeme hâkimleri hüküm tesisinde Mecelle'den yararlandıkları gibi, davanın tarafları/taraf vekilleri de iddia veya savunmalarını Mecelle hükümlerine atıfta bulunarak güçlendirmeye çalışmışlardır. Uygulamada özellikle Temyiz Mahkemesi (Mahkeme-i Temyiz), Mecelle'nin uygulanışını şekillendiren, örf-âdet, kıyas gibi hukukun diğer kaynaklarından yararlanmak sûretiyle Mecelle'nin uygulanma alanını genişleten önemli bir mahkeme olmuştur. Bu mahkeme i'lâmlarının Ahmet Cevdet Paşa'nın önderliğinde "Ceride-i Mehâkim" adlı dergide yayınlanmaya başlamasıyla da, ülke genelinde hukuk uygulamalarında birliğin sağlanması adına etkili bir adım atılmıştır.

KAYNAKÇA

- Acar**, Kadir: “Osmanlı’da Taşra Meclislerinin Mülkî ve Hukukî Görevlerinin Ayrılması”, *Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 2, s. 23-42.
- Akgündüz**, Ahmed: *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Mecelle Ta’ dilleri ve Gerekçeleriyle Birlikte)*, OSAV, İstanbul, 2017.
- Akman**, Mehmet: *Mecelle’de Âriyet Sözleşmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1989.
- Akman**, Mehmet: “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Osmanlı Hukuk Mevzuatı, I. Tertip Düstûr’un Tarihî Fihrist ve Dizini”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 3, 2007 (Bahar), s. 67-224, (Fihrist).
- Ali Haydar Efendi**, *Dürer’ül-Hükkâm Şerh-u Mecellet’il-Ahkâm*, C. 2, *Şerh-u Kitâb ’ül-İcâre*, İstanbul, 1316.
- Ali Haydar**, “Mehâkim-i Nizâmiye Vezâifinin Takyîdi”, *Ceride-i Adliye*, S. 1, 5 Kânunuevvel 1325, s. 25-27.
- Araz**, Yunus: “İslam Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar”, *İLTED*, S. 46, Erzurum, 2016/2, s. 81-129.
- Arı**, Abdüsselâm: “Mahiyeti Yansıtıp Yansıtmaması Açısından Bazı Hanefî Kaynakları ve Muâsir İslâm Hukuku Eserlerindeki Akid Tanımları Üzerine Bir İnceleme”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 26, 2015, s. 523-538.
- Arsebük**, Esat: “Hususi Akit Tipleri Etrafında İncelemeler”, *AÜHFD*, C. 6, S. 1, 1949, s. 3-69.
- Aydın**, M. Âkif: “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye” maddesi, *DİA*, C. 28, Ankara, 2003, s. 231-235, (“Mecelle”).
- Aydın**, M. Âkif: *Türk Hukuk Tarihi*, Tıpkı 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, (Hukuk Tarihi).
- Aydın**, Mehmet Âkif: “Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye” maddesi, *DİA*, C. 9, İstanbul, 1994, s. 387-388, (Divan).
- Aydın**, Mehmet Âkif: “Mecelle’nin Hazırlanışı”, *Osmanlı Araştırmaları IX*, (Ed. Halil İnalçık, Nejat Göyünç ve Heath W. Lowry), İstanbul, 1989, s. 31-50, (Mecelle).
- Aykanat**, Mehmet: “Mecelle’de İş Sözleşmesi”, *Kamu-İş*, C. 13, S. 4, 2014, s. 57-78, (İş Sözleşmesi).

- Aykanat**, Mehmet: Mecelle’de İş Akdi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2011.
- Bardakoğlu**, Ali: “İcâre” maddesi, DİA, C. 21, İstanbul, 2000, s. 379-388.
- Bozkurt**, Gülnihâl: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996.
- Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 17, 18 Cemaziyelahir 1290.
- Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 2, 1 Rebiülevvel 1290.
- Ceride-i Mehâkim, C. 1, S. 24, 7 Şaban 1290.
- Ceride-i Mehâkim, S. 83, 9 Rebiulevvel 1298.
- Cevdet Paşa**: Tezâkir, Tetimme, (haz. Cavid Baysun), Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1986.
- Ceylan**, Ayhan: “Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye’de Yargı”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, 2004, s. 23-48.
- Cin**, Halil/**Akyılmaz**, Gül: Türk Hukuk Tarihi, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2015.
- Durhan**, İbrahim: “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler”, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 55-111.
- Düstur, 1. Tertip, C. 1, 1289.
- Ebül-ulâ Mardin**: Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, 2. Baskı, İstanbul, 2011.
- Ekinci**, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk, 3. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2014, (Osmanlı).
- Ekinci**, Ekrem Buğra: Tanzimat ve Sonrası Osmanlı Mahkemeleri, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2004, (Tanzimat).
- Esirgen**, Seda Örsten: “Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türk Hukukunda Kanunlaştırma Hareketleri, Adalet Dergisi”, S. 62-63 (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı), 2019, s. 429-480.
- Gedikli**, Fethi: Nizamiye Mahkemelerinin Kuruluşu, Yapısı ve Hukuk Yargılama Usulü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1989.
- Gür**, Refik: Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayınevi, İstanbul, 1993.
- İlhan**, Cengiz: Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

- Karahasanoğlu**, Cihan Osmanağaoğlu: “Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin Yürürlüğe Girişi ve Türk Hukuk Tarihi Bakımından Önemi”, OTAM, S. 29, Bahar 2011, s. 93-124.
- Karakoç**, İrem: “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye ve Hukukun Kaynakları”, İÜHFİM, S. 75, 2017, s. 457-514.
- Karaman**, Hayreddin: “Akid” maddesi, DİA, C. 2, İstanbul, 1989, s. 251-256.
- Kaşıkcı**, Osman: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul, 1997.
- Kayar**, Mehmet Sedik: İslam Hukukunda İcâre Akdi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2011.
- Kelebek**, Mustafa: İslâm Borçlar Hukuku ve Ebû Yûsuf’un Öncelikleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2014.
- Kenanoğlu**, M. Macit: “Nizâmiye Mahkemeleri”, DİA, C. 33, İstanbul, 2007, s. 185-188.
- Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 1, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1327.
- Mecmua-i Mukarrerât-ı Temyiziye, Hukuk Kısmı, C. 2, Selanik Matbaası, Dersaadet, 1328.
- Mehmed Ziyâeddin Efendi**, Mükemmel İstılâhât-ı Kavânin Yâhut Mâlûmât-ı Kanûniye Hülâsası, (haz. Fethi Gedikli/İbrahim Enes Onat), On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Öztürk**, Osman: Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Neşriyatı, İstanbul, 1973.
- Schacht**, Joseph: İslâm Hukukuna Giriş, (çev. Mehmet Dağ ve Abdulkadir Şener), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977.
- Seyitdanlıoğlu**, Mehmet: “Tanzimat Dönemi’nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)”, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~mehmets/tanzimattayuksekkyargi.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.03.2021).
- Şemsü’l-eimme Ebû Sehl Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsî**, Mebsût, (Ed. Mustafa Cevat Akşit), C. 15, Gümüşev, İstanbul, 2008.
- Şentop**, Mustafa: “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C. 3, S. 5, 2005, s. 647-672.

- Topkaya**, Adem: Salnâmelere Göre Konya Vilayeti (Sosyo-Ekonomik ve Kültürel Yapı), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2007.
- Üçok**, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Tamamen Yenilenmiş 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C. 1, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1959.
- Yavuz**, Hulusi: “Cerîde-i Mehâkim” ve “Cerîde-i Adliyye” maddeleri, DİA, C. 7, İstanbul, 1993, s. 408-409.
- Yiğit**, Ahmet: “Mukarrerat-ı Temyiziyye Mecmualarında (1327/1911-1332/1916) Görülen Arazi Davalarının Tedkiki”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (Ed. Fethi Gedikli), XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 449-474.

MULTINATIONAL ENTERPRISES AND SELECTIVITY CRITERION IN STATE AID CASES

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899950>

Arş. Gör. Nihal ÖZKARDEŞ^{,**}*

Abstract

Decisions of the European Union Commission regarding taxation agreements between competent tax authorities and multinational enterprises have been widely discussed. Within this discussion, implementation of the selectivity criterion and specifically the arm's length principle, which is accepted by the Commission as a necessity in the application of state aid rules, has received a lot of criticism. This study will focus on the assessments on selectivity criterion in the decisions regarding multinational enterprises. Within this perspective, the first section will elaborate on the application of the selectivity criterion in cases concerning taxation practices of multinational enterprises. The second section will question the application of presumption of selectivity in case of advanced pricing agreements. The third section will discuss whether multinational enterprises and standalones are in a comparable legal and factual situation. The fourth section will question the legal basis put forward by the Commission to implement arm's length principle.

Keywords

Arm's length principle, Multinational enterprises, State aid, Selectivity, Advanced pricing agreements

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: nihal.ozkardes@law.bau.edu.tr) ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1710-1521> (Makalenin Geliş Tarihi: 18.09.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 18.09.2020/Makale Kabul Tarihi: 21.11.2020)

** I would like to thank Asst. Prof. Zeynep Ayata and Assoc. Prof. Ahmet Yayla for their helpful comments.

DEVLET TEŞVİKLERİ SORUŞTIRMALARINDA ÇOK ULUSLU ŞİRKETLER VE SEÇİCİLİK KRİTERİ

Öz

Yetkili vergi otoriteleri ile çok uluslu şirketler arasındaki vergi anlaşmalarına dair Avrupa Birliği Komisyonu kararları oldukça fazla tartışılmıştır. Bu tartışmalar çerçevesinde, seçicilik kriteri ve özellikle Komisyon'un devlet teşvikleri kurallarının uygulanması için gereklilik olarak gördüğü emsallere uygunluk ilkesi çok sayıda eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu çalışma, çok uluslu şirketlere dair hükmedilen kararlarda seçicilik kriterinin nasıl ele alındığı üzerine yoğunlaşacaktır. Bu kapsamda ilk bölümde, çok uluslu şirketlerin vergi uygulamalarını konu edinen kararlarda seçicilik ilkesinin nasıl uygulandığı ele alınacaktır. İkinci bölümde peşin fiyat anlaşmalarının varlığında uygulanan seçicilik karinesi üzerine tartışılacaktır. Üçüncü bölümde, çok uluslu şirketler ile bağımsız şirketlerin hukuki ve fiili olarak karşılaştırılabilir olup olmadıkları sorgulanacaktır. Dördüncü bölümde ise, Komisyon'un emsallere uygunluk ilkesini uygulamak için öne sürdüğü hukuki dayanakların geçerliliği sorgulanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Emsallere uygunluk ilkesi, Çok uluslu şirketler, Devlet teşviki, Seçicilik, Peşin fiyat anlaşmaları

INTRODUCTION

Multinational enterprises (“MNEs”), benefitting from having entities in a number of states, may allocate their profits throughout these states to optimize their interest. They may also allocate most of their profits in low-tax states to pay less tax.¹ One way of minimizing the liable global tax for these corporations is to arrange transfer prices -prices remunerated from one group company to another when selling goods-. Such behavior is qualified as “aggressive tax planning”. According to the European Union Commission (“**Commission**”), aggressive tax planning “*result[s] in a loss of tax revenue in the Member State where economic value is generated but not taxed, and in Europe as a whole because the tax eventually paid is less than it would have been if the profits had not been shifted.*”²

Recently, the Commission concentrated to scrutinize advanced pricing agreements (“**APAs**”) between MNEs and tax authorities. APAs are agreements which serve to calculate the taxable profit of an MNE through a method of estimation of the transfer prices at a given future time. The Commission has been looking at whether APAs are in concomitant with a principle called “arm’s length principle”. This principle suggests to treat the subsidiary of an MNE as a standalone and to estimate the taxable profit of that subsidiary as if the intra-group transactions were realized in an open market.³

Originally endorsed in article 9 of The Organization for Economic Co-operation and Development (“**OECD**”) Model Tax Convention on Income and on Capital (“**OECD Model Tax Convention**”)⁴, the primary aim of this

¹ Nicolaidis, Phedon: “State Aid and Tax Rulings”, European State Aid Law Quarterly, 15, 3, 2016, p.416 <https://www.jstor.org/stable/26694075?seq=1#metadata_info_tab_contents> accessed 17 April 2020

² European Commission, ‘Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions Report on Competition Policy 2018’ (2019) p.68 <https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2018/part2_en.pdf> accessed 3 March 2020

³ *ibid.* p.16

⁴ This principle is explained in detail in OECD, ‘OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017’(2017) OECD Publishing <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en#page5> accessed 14 April 2020

principle is to preclude double taxation.⁵ The Commission has established that the arm's length principle is a necessity in terms of Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU").⁶ In light of this principle, the Commission recognized MNEs to be in a legally and factually comparable status with standalones and examined whether they benefit from lesser tax liability compared to standalones. Accordingly, the Commission is of the view that the transactions between subsidiaries of MNEs should be taxed as if they are standalone firms in order to avoid state aid liability. Since the Commission believes that MNEs and standalones are comparable, APAs endorsing aggressive tax planning are evaluated as selective advantages granted to MNEs.

However, these decisions have been questioned in many different ways.⁷ In addition, U.S. Treasury Department published a White Paper criticizing these decisions.⁸ Among the critiques, one significant issue is whether MNEs and standalones are in a comparable legal and factual status and whether arm's length principle is suitable for the purposes of article 107

⁵ *ibid.* p. 15

⁶ *Fiat/Luxembourg* (Case 7152) Commission Decision SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) [2015] OJ L/351/2016 §228; *Apple/Ireland* (Case 5605) Commission Decision SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 014/CP) [2016] OJ L/187/2017 §249; *Starbucks/Netherlands* (Case 7143) Commission Decision SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) [2015] OJ L/83/2017 §260-262; *Excess Profit exemption in Belgium* (Case 9837) Commission Decision SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) [2015] OJ L/260/2016 §147.

⁷ See **Houthoff**: "State Aid and Taxation The European Commission's decisions on tax rulings in the broader State aid perspective", 2019 p.6 <<https://www.houthoff.com/-/media/Houthoff/Docs/Brochure-State-Aid.pdf>> accessed 17 April 2020; **Petropoulos**, Georgios: "State aid and tax rulings: Clarifying the European Commission's approach" 2018 <<https://www.bruegel.org/2018/04/state-aid-and-tax-rulings-clarifying-the-european-commissions-approach/>> accessed 17 April 2020; **Gonzalez**, Saturnina Moreno: "State aid, tax competition and BEPS: comments on the European Commission's decisions on transfer pricing rulings" University of Leicester School of Law Research Paper, 17, 2017, p.14. <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=0071230720130981130031250971181260690290730720140830660270830700920820130920931070240430420130580380260450750281010060906097102006016023001060067093064109018093022113023059078090110078127003078024118082065066026019030115102083076000070070003000025082090&EXT=pdf>> accessed 3 May 2020; **Joris**, Tony and **De Couk**, Wout: "Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU "At Arm's Length Principle"?" *European State Aid Law Quarterly*, 16, 4, 2017 <https://www.jstor.org/stable/26694193?seq=1#metadata_info_tab_contents> accessed 10 December 2019

⁸ U.S. Department of the Treasury, *The European Commission's Recent State Aid Investigation of Transfer Pricing Rulings* (White Paper, 2016)

of TFEU. Within this scope, in the first section, we will elaborate the Commission's approach on the selectivity criterion concerning the taxation practices of MNEs. In the second section, we will question the Commission's application of presumption of selectivity in case of APAs. In the third section, we will put forward that MNEs and standalones may not be factually and legally comparable. And at last, in the fourth section, we will question the legal basis to apply arm's length principle.

I. THE APPLICATION OF SELECTIVITY CRITERION IN CASES CONCERNING MULTINATIONAL ENTERPRISES

Article 107(1) of TFEU establishes four conditions to rule on state aid. At first, there should be an "economic advantage". Secondly, this advantage should be provided by a Member State or via its resources. Thirdly, the aid should be selective. Finally, this aid should have the ability to distort competition and have an effect on trade between Member States.⁹

Since this Study mainly focuses on the selectivity criterion, the notion of "selectivity" should be elaborated. There is no prescribed definition of this concept in TFEU, therefore case-law has been an important tool to delineate the sphere of the notion. According to the case law, a selective measure grants advantages to specific undertakings or sectors over undertakings which are legally and factually in a similar situation.

In order to conclude that a tax advantage amounts to a selective aid, EU Courts formulated a separate three-step test. The first step is to sort out the "reference system". To qualify an aid as selective, "*it is necessary to begin by identifying and examining the common or 'normal' regime applicable in the Member State concerned.*"¹⁰ This identification is strictly relevant with the determination of the legally and factually comparable undertakings. The second step is to assess whether there is a derogation from that reference system. Accordingly, it is assessed whether the undertakings compared are subject to different treatments.¹¹ Finally, the third step constitutes an assessment of whether the measure is "*justified by the nature or general*

⁹ **Bacon**, Kelyn (ed): *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, 2013, p.12.

¹⁰ *Joined Cases C-78/08 & C-80/08 Paint Graphos* [2011] ECR I-7611

¹¹ *Joined Cases C-20/15 P & C-21/15 P World Duty Free Group v Commission* [2016] ECLI:EU:C:2016:981 §67

scheme of the system of which [it] form[s] part".¹² The burden of proof for a justification lies with the Member State.

This section will focus on the analysis of the Commission on the selectivity criterion regarding APAs. Within this scope, at first, we will explain the agenda of the Commission regarding taxation practices of MNEs. Secondly, we will analyze the findings of the Commission on the presumption of selectivity. Thereafter, we will focus on how the Commission applied three step test in case of APAs.

A. Taxation Practices on MNEs

APAs have been on the Commission's agenda since 2013, which dates back to before the Luxleak revelations. Within this scope, Directorate-General for Competition ("**DG Competition**") initiated an inquiry, which specifically concentrated on APAs and proposed pricing methods of intra-group transactions endorsed in these agreements.¹³ In this sense, the Commission began to deliver decisions in late 2015.

On October 2015, the Commission found that Starbucks and Fiat benefitted from tax advantages respectively in Netherlands and Luxembourg.¹⁴ Within this scope, Commissioner Margrethe Vestager stated that "*All companies, big or small, multinational or not, should pay their fair share of tax.*"¹⁵ In January 2016, the Commission concluded that a Belgian tax scheme results in illegal state aid.¹⁶ This decision concerned at least 35 MNEs.¹⁷ In August 2016, the Commission ruled on recovery of the aid Ireland granted to Apple through taxing rulings.¹⁸ In October 2017, the Commission concluded that illegal tax advantages were granted by

¹² *Paint Graphos v. Franchetto* (n10) §64

¹³ Dg Competition, 'DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings' (2016) <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf> accessed 3 April 2020

¹⁴ Respectively *Starbucks/Netherlands* (n6) and *Fiat/Luxembourg* (n6)

¹⁵ Commission, 'Commission decides selective tax advantages for Fiat in Luxembourg and Starbucks in Netherlands are illegal under EU state aid rules' (Brussels, press release, 2015)

¹⁶ *Excess Profit exemption in Belgium*

¹⁷ Commission, 'State aid: Commission concludes Belgian "Excess Profit" tax scheme illegal; around €700 million to be recovered from 35 multinational companies' (Brussels, press release, 2016)

¹⁸ *Apple/Ireland*

Luxembourg to Amazon¹⁹ and on June 2018, once again by Luxembourg to Engie.²⁰

On September 2018, the Commission found that McDonalds did not benefit from selective advantages in Luxembourg.²¹ In December 2018, at the end of an inspection towards taxing rulings concluded by Gibraltar, five out of 165 taxing rulings were found to constitute state aid.²² And at last, United Kingdom tax scheme was scrutinized and some MNEs were found to be granted selective advantages.²³ Besides the closed cases, there are ongoing investigations concerning taxing rulings granted by Netherlands to Nike²⁴ and to IKEA²⁵. A clear majority of these cases concern the misapplication or nonapplication of arm's length principle.

Unsurprisingly, these decisions have been challenged before the General Court. So far, General Court has approved the *Luxembourg/Fiat* decision.²⁶ Thus, General Court approved the findings of the Commission on the grounds that standalones and MNEs are legally and factually comparable and the arm's length principle is appropriate for the purposes of this assessment. Even though the General Court annulled *Starbucks/Netherlands* decision, it contested how the arm's length principle was implemented in that concrete case, rather than the implementation of the principle itself.²⁷ At last, General Court annulled the *Apple/Ireland* decision. Just like in the *Starbucks/Netherlands* case, the Court has made it clear that it backs the

¹⁹ *Amazon/Luxembourg* (Case 6740) Commission Decision SA.38944 (2014/C) (2014/NN) [2017] OJ L/153/2018

²⁰ *Engie/Luxembourg* (Case 3839) Commission Decision SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) [2018] OJ L/78/2019

²¹ *McDonald's/Luxembourg* (Case 6976) Commission Decision SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) (ex 2014/CP) [2018] OJ L/195/2019

²² *Gibraltar Corporate tax regime* (Case 7848) Commission Decision SA.34914 (2013/C) [2018] OJ L/119/2019

²³ *State aid scheme UK CFC Group Financing Exemption* (Case 2526) Commission Decision SA.44896 [2019] OJ L/216/2019

²⁴ Commission, 'State aid: Commission opens in-depth investigation into tax treatment of Nike in the Netherlands' (Brussels, press release, 2019)

²⁵ Commission, 'State aid: Commission opens in-depth investigation into the Netherlands' tax treatment of Inter IKEA' (Brussels, press release, 2017)

²⁶ T-755/15 & T-759/15 *Luxembourg/Ireland/Fiat v. Commission* [2019] ECLI:EU:T:2019:670

²⁷ T-760/15 § T-636/16 *Netherlands/Ireland/Starbucks v. Commission* [2019] ECLI:EU:T:2019:669

implementation of the arm's length principle.²⁸ The stance of ECJ is not known at the moment, since the Court has not delivered any decision.

B. Presumption of Selectivity

In the Commission's decisions concerning APAs, the Commission mentions that APAs are concluded individually and separately for each MNE.²⁹ The Commission explains that when individual measures are at stake, the measure may be presumed to be selective.³⁰ Since APAs are also individual measures, the Commission indicates that APAs are selective in nature.³¹ Therefore, if the contested APA amounts to an advantage, there is no need to prove the selectiveness of that agreement.³²

In its appeal before the General Court, Fiat questioned the validity of this presumption.³³ The General Court stated that the advantage and selectivity criteria are distinct from each other. Nevertheless, the General Court indicated that an aid scheme and an individual aid differ from each other when the selectivity criterion is assessed. The General Court asserted that in case of an individual measure, the presumption of selectivity rules.³⁴ The Court put forward that presumption of selectivity necessities two conditions: the aid should be individual and an advantage should be valid.³⁵ Within this scope, the Court firstly stated that Fiat would have paid more tax if the transfer prices were calculated in line with the arm's length principle.³⁶ Therefore, an advantage was found to be valid in the concrete case.

Fiat and Luxembourg alleged that the aid in question was an implementation of a general rule and thus could not be counted as an individual aid.³⁷ The General Court responded with three arguments. Firstly, the Court asserted that there was no provision in the national legislation to be

²⁸ General Court of the European Union, 'The General Court of the European Union annuls the decision taken by the Commission regarding the Irish tax rulings in favour of Apple' (Luxembourg, press release, 2020)

²⁹ *Netherlands/Starbucks* §254; *Amazon/Luxembourg* §583; *Apple/Ireland* §224

³⁰ *Amazon/Luxembourg* §583, 584; *Apple/Ireland* §224; *Fiat/Luxembourg* §218; *Starbucks/Netherlands* §254

³¹ *Apple/Ireland* §224; *Amazon/Luxembourg* §584

³² *Fiat/Luxembourg* §218; *Starbucks/Netherlands* §254

³³ T-755/15 & T-759/15 §329

³⁴ *ibid.* §333

³⁵ *ibid.* §339

³⁶ *ibid.* §340

³⁷ *ibid.* §341

counted as a scheme.³⁸ Secondly, the measure in question was only directed to Fiat to calculate its taxable profit.³⁹ Thirdly, the tax authority had a margin of appreciation pursuant to the national legislation. According to the General Court, this margin of appreciation is the proof of an individual measure.⁴⁰ Thus, the General Court has not found an error in the application of the presumption in case of APAs.

C. First Step: Designation of The Reference System

Although the Commission found APAs selective in nature, it applied the three step test in sake of completeness.⁴¹ Within the first step, the Commission has defined the reference system as the general corporate income tax system of the Member State concerned.⁴² The Commission highlights that the reference system of each state aims to impose taxes on every company on equal foot, whether it is a standalone or a group company. Therefore, the Commission acknowledges that MNEs are in the same box of cluster with standalones. The Commission thus sets the liability of MNEs, stating that MNEs are liable to pay tax on their “Member State concerned-sourced” income.

The Commission also mentions that the calculation method of taxable profits of MNEs and standalones differ. However, the Commission states that this difference is only an artificial one. Accordingly, the taxable profit of a standalone is straightforward and its accounting profit is used to determine its taxes. In contrast, the taxable profit of a group company requires some estimation, since the profit of such undertakings rely on transfer prices rather than competitive prices in an open market. The Commission argues that this differentiation is only to “*achieve the ultimate goal of determining the taxable base of both types of companies in a manner that ensures that integrated companies are taxed on an equal footing to non-integrated companies under the ordinary rules of taxation of corporate profit.*”⁴³

Finally, the Commission states that even if the national legislation requires MNEs to be taxed in a different way, it would not change the

³⁸ *ibid.* §350

³⁹ *ibid.* §351

⁴⁰ *ibid.* §352

⁴¹ *Amazon/Luxembourg* §585; *Apple/Ireland* §224.

⁴² For instance, in the *Luxembourg/Fiat*, the reference system is designated as “the general Luxembourg corporate income tax”.

⁴³ *Apple/Ireland* §230

result.⁴⁴ In the *Starbucks/Netherlands* decision, the Commission indicates that “*the creation of a special regime that applies only to integrated companies, which deviates from the general Dutch corporate income tax rules, is in itself selective in nature, so that any benefit granted on the basis of that regime is selective in nature.*”⁴⁵ This “special regime” amounts to any regime which does not endorse the arm’s length principle.

D. Second Step: Derogation from The Reference System And Arm’s Length Principle

The Commission links its analysis on the “advantage” criterion with the second step of the three step test. Since the reference system includes all of the companies operating on that Member State, the Commission considers that if an advantage is granted to an MNE, that advantage also amounts to a derogation.⁴⁶ When assessing the “advantage” criterion in some decisions, the Commission simply refers to the analysis on derogation.⁴⁷ In the other decisions, the Commission analyses the advantage criterion and then makes a reference to that section when dealing with the derogation.⁴⁸

In order to establish the derogation, the Commission relies on the arm’s length principle. According to this principle, intra-group transfer prices should be estimated as if the transactions between intra-group companies are priced in an open market. In the Commission Notice, it is stated that “*this arm’s length principle necessarily forms part of the Commission’s assessment granted to group companies under Article 107(1) of the Treaty, independently of whether a Member State has incorporated into its national legal system and in what form.*”⁴⁹

There seems to be three possible situations: a Member State enacts arm’s length principle in its legislation, a Member State enacts the principle in its own interpretation into its legislation or the national legislation doesn’t

⁴⁴ *Netherlands/Starbucks* §250

⁴⁵ *ibid.* §250

⁴⁶ *Netherlands/Starbucks* §253; *Excess Profit exemption in Belgium* §131

⁴⁷ For instance in the *Apple/Ireland* case, when demonstrating that the tax ruling amounted to an advantage, the Commission has stated that “*the Commission’s assessment of whether the contested measures constitute a derogation from the reference system (the second step of the selectivity analysis) will coincide with its assessment of whether those measures confer an advantage on ASI and AOE*”

⁴⁸ *Amazon/Luxembourg*

⁴⁹ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union 2016/C 262/01 [2016] OJ C 262 §172

include such a principle. If the principle is endorsed in national legislation, the Commission could easily allege that a tax measure which is not in line with the principle endorsed in national legislation constitutes a derogation from the reference system.

Furthermore, the Commission does not approve the implementation of the arm's length principle as interpreted in the national legislation. In the *Starbucks/Netherlands* case before the Commission, Netherlands argued that instead of applying the provisions governing the arm's length principle in the national legislation, the Commission applied the principle according to its own interpretation.⁵⁰ The Commission responded that its role is not to apply the national legislation but to apply article 107(1) of TFEU.⁵¹

Finally, in case that the arm's length principle is not a part of national legislation, the Commission nevertheless applies it to show the derogation. In the *Apple/Ireland* decision, Ireland argued that according to Irish tax law, taxes cannot be accrued pursuant to general principles.⁵² However, the Commission ascertained that the arm's length principle is a necessity within the perspective of Article 107(1) of TFEU and every Member State is obliged to comply with it.⁵³

The Commission and the General Court put forward three grounds on implementation of the arm's length principle regardless of the national legislation. Firstly, it is claimed that "*Where national tax law does not make a distinction between integrated undertakings and stand-alone undertakings for the purposes of their liability to corporate income tax, that law is intended to tax the profit arising from the economic activity of such an integrated undertaking as though it had arisen from transactions carried out at market prices.*"⁵⁴ Secondly, the Commission relies on the *Belgium and Forum 187 v Commission* judgement⁵⁵ of the ECJ.⁵⁶ To legitimize its stance, the Commission alleges that ECJ has already adopted the principle in its prior judgement.⁵⁷ The Commission states that ECJ compared coordination

⁵⁰ *Netherlands/Starbucks* §265

⁵¹ *ibid.* §265

⁵² *Apple/Ireland* §257

⁵³ *ibid.* §257

⁵⁴ T-760/15 § T-636/16 §149

⁵⁵ Joined Cases C-182/03 and C-217/03 *Belgium and Forum 187 v Commission* [2006] ECR 2003 I-06887

⁵⁶ **Joris, Tony and De Couk**, Wout p.697.

⁵⁷ *ibid.* p.613

centers' taxable profit with the situations of free competition. For the reasons explained in the fourth section, we do not believe that ECJ has adopted the principle beforehand.

Thirdly, in the hearings before General Court -concerning *Luxembourg/Fiat* and *Netherlands/Starbucks* decisions- the Commission ascertained that the Member State adopted separate legal entity approach. According to the Commission, this approach concerns the taxation of legal entities rather than economic units and the arm's length principle is the concomitant principle of this approach. The Commission concludes that since this approach is adopted by the Member State, it is not important whether the national legislation enacts the arm's length principle.⁵⁸ This line of reasoning was not accepted by the General Court, since the Commission did not mention it in its decisions and it cannot bring forward new arguments at that stage of the procedure.⁵⁹ Nevertheless, in the *Amazon/Luxembourg* decision, the Commission has mentioned the separate legal entity approach as a basis to implement arm's length principle.⁶⁰

E. Third Step: Justification

According to the third step of the test, if the different tax liabilities between comparable undertakings arise from “*the nature and logic of the system*”, then the measure does not amount to illegal state aid.⁶¹ In most of the cases, Member States fail to justify the contested measures.⁶² In the *Apple/Ireland* case, Apple put forward that the discretion enjoyed by tax administrations is inherent to the tax system of Ireland and justifies the tax measure.⁶³ However, the Commission argued that the discretion cannot justify different treatment to comparable undertakings. Furthermore, the Commission argued that a discretion that is not afforded with objective criteria gives rise to a presumption of selectivity and that Apple was unable to prove such objective criteria.⁶⁴ Secondly, the Commission indicated that

⁵⁸ T-755/15 & T-759/15 §152

⁵⁹ *ibid.* §153

⁶⁰ *Amazon/Luxembourg* §589

⁶¹ *Engie/Luxembourg* §227

⁶² *Amazon/Luxembourg* §603; *Apple/Ireland* §411; *Engie/Luxembourg* §229; *Fiat/Luxembourg* §337; *Starbucks/Netherlands* §413.

⁶³ *Apple/Ireland* §406

⁶⁴ *ibid.* §407

the selective advantage did not arise from the discretion enjoyed, but from the reduction of taxable profits.⁶⁵

In some decisions, the Commission examined if the avoidance of double taxation could amount to a justification.⁶⁶ In the *Excess Profit exemption in Belgium* case, the Commission agreed that avoidance of double taxation may be a justification.⁶⁷ However, in this specific ruling, the Commission concluded that Belgium was unable to prove that the actual aim of the scheme was to avoid double taxation. Likewise, in *Engie/Luxembourg* case, avoidance of double taxation was put forward as a justification, which was not found admissible *in concreto*.⁶⁸

It should also be noted that the third step both encompasses the derogation and the way the derogation is applied.⁶⁹ In the *Paint Graphos case*, the aid in question was subject to a proportionality test. The measure in question was considered to be within the limits of what is necessary for the objective pursued.⁷⁰ Likewise, in the *Heitkamp BauHolding* case, it was held that if less far-reaching measures could achieve to the aim pursued, then the contested measure would not be justified.⁷¹

The Commission assessed the proportionality test to evaluate if the measure was proportionate to the aim of avoidance of double taxation in its decisions concerning MNEs.⁷² In the *Engie/Luxembourg* case the Commission underlined that while a Member State can exempt a tax to avoid double taxation, that Member State must also ensure that the exemption does not go beyond what is necessary.⁷³ Accordingly, the Commission found that Engie benefited from double non-taxation and ruled that the measure was not proportionate.⁷⁴ Likewise, in the *Gibraltar Corporate Tax Regime* case, the Commission ruled that “a full and automatic exemption measure is

⁶⁵ *ibid.* §408

⁶⁶ *Engie/Luxembourg* §231; *Excess Profit exemption in Belgium* §172; *Gibraltar Corporate tax regime* §107.

⁶⁷ *Excess Profit exemption in Belgium* §172

⁶⁸ *Engie/Luxembourg* §231

⁶⁹ **Cisotta**, Roberto: Criterion of Selectivity in **Hofmann** Herwig C. H. and **Micheau** Claire (eds): *State Aid Law of European Union*, Oxford University Press, 2016, p.140.

⁷⁰ *Paint Graphos* §75

⁷¹ T-287/11 *Heitkamp BauHolding GmbH v Commission* [2016] ECLI:EU:T:2016:60 §160

⁷² *Gibraltar Corporate Tax Regime* §107; *Excess Profit exemption in Belgium* §175; *Engie/Luxembourg* §233.

⁷³ *Engie/Luxembourg* §233

⁷⁴ *ibid.*

disproportionate and the prevention of double taxation cannot be seen as an acceptable justification.”⁷⁵

In sum, the Commission has presumed APAs selective due that these agreements are concluded individually with each MNE. Nevertheless, the Commission applied the three step test. The Commission designated the reference system as the general corporate income tax system of the Member States. Thereafter, the Commission implemented arm’s length principle to the concrete tax measures to see if there is a derogation. Finally, the Commission put forward that avoidance of double taxation may be a justification for the contested tax measures, but the measure should also be proportionate for this aim.

II. IS APA ITSELF A PROOF OF SELECTIVITY?

As explained in the previous section, the Commission has evaluated that APAs are selective in nature. The General Court indicated that, in any event, APAs are individual measures due to the margin of appreciation enjoyed by tax authorities. Therefore, since an APA always comprises an appreciation of the parties⁷⁶, the General Court excluded the possibility of an APA not to be presumed selective. We contest to the application of the presumption on two grounds.

Firstly, we argue that the implementation of such presumption causes the abolishment of a criterion in cases concerning MNEs and a different interpretation could have been made for the preservation of the selectivity criterion. This is firstly because, APAs are widespread, since these agreements provides security and predictability for the undertakings and the tax administrations⁷⁷. Therefore, presuming APAs to be selective would amount to non-application of the selectivity criterion in nearly all cases concerning the taxation practices of MNEs.

Furthermore, without an APA, two possible scenarios would be at stake. In the first scenario, the Member State would apply a method to find the taxable profit of an MNE when it is time to procure tax. In this case, the measure -procurement of tax- would be very similar to an APA, apart from APAs being signed beforehand. Thus, the measure in the first scenario

⁷⁵ *Gibraltar Corporate Tax Regime* §107.

⁷⁶ In the *Fiat/Luxembourg* §230, the Commission assessed that “*transfer pricing is not an exact science*” and the arm’s length principle has an “*approximative nature*”.

⁷⁷ APAs diminishes the possibility of legal disputes as well as the possibility to encounter double taxation. See **Gonzalez**, Saturnina Moreno, p.7.

would also be regarded as an individual measure and presumed to be selective.

In the second scenario, the Member State would easily tax an MNE on its recorded profit. In this case, the presumption of selectivity would not be an issue, since taxation on recorded profit does not endorse margin of appreciation. However, in this situation, the Commission would immediately rule on illegal state aid, since the measure is not *prima facie* respecting the arm's length principle. As seen, while the only way to be on the safe side is to conclude APAs or tax measures that comply with arm's length principle, the existence of APAs or such tax measures leads to presumption of selectivity. This interpretation of the Commission and General Court is contrary to the prior assessments of ECJ in which it stated that advantage and selectivity are two distinct criteria under article 107(1) of TFEU.⁷⁸

In order to implement the selectivity criterion, we believe that a different interpretation regarding the individuality of APAs is possible. We believe that the approximative nature of the arm's length principle -and therefore APAs- should not lead to presumption of selectivity. This is because, reaching an approximative outcome is still important for the Commission.⁷⁹ The Commission constrains Member States on how to apply the principle.⁸⁰ Accordingly a functional analysis of the MNE is constructed. Afterwards, "*characteristics of the property or services; contractual terms; functions, assets and risks performed by the parties; economic conditions of the market; and any special circumstances such as business strategies*" are checked to identify comparables.⁸¹ As seen, the Commission scrutinizes whether the contested APA is respecting a general rule. Therefore, we believe that APAs can be considered as an application of a general rule rather than an individual measure.

Secondly, we believe that the precedents of ECJ is contradictory with the findings of the Commission. In *Commission v MOL* case, ECJ assessed

⁷⁸ C-15/14 P *Commission v MOL* [2015] ECLI:EU:C:2015:362 §59

⁷⁹ **Gonzalez**, Saturnina Moreno, p.17.

⁸⁰ *ibid.* p.12

⁸¹ **Eden**, Lorraine: "The Arm's Length Standard: Making It Work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States", Global Tax Justice, Oxford University Press §12 <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=296064003086022020029118075004006023051084051044068022009103075027119027065117110025061001111055010001121124028028019027099115126046036051078022065119065074002097055016028118095001079065112100088117072064089115011004093114019087127070029118081095001&EXT=pdf>> accessed 21 December 2019

whether the discretion of administrative authorities on the choice to conclude an extension agreement and the level of fee designated in that agreement was selective.⁸² In this judgement, ECJ made a distinction between individual measures and general measures.⁸³ However, ECJ added that the discretion of the administration was not sufficient to presume a measure as selective. The ECJ ruled that if the discretion is defined by law and is limited, that discretion cannot lead to presumption of selectivity.⁸⁴ Furthermore, ECJ stated that a negotiation process in an agreement is not sufficient to rule on presumption of selectivity.⁸⁵

On the contrary, the Commission in its decisions regarding MNEs implements presumption of selectivity, since these agreements are directed to one undertaking and margin of appreciation is enjoyed during the procedure. We believe that ECJ has a narrower perception regarding presumption of selectivity and the findings of ECJ contradicts the assessments of the Commission.

To sum, we contested to the application of presumption of selectivity on two grounds. Firstly, we argued that this presumption causes the abolishment of a criterion in cases concerning MNEs. Therefore, for the sake of a complete assessment, the interpretation regarding individuality of APAs may be altered. For this purpose, we believe that the Commission can consider these agreements as an application of a general rule, rather than an individual measure. Secondly, we believe that the case law of ECJ is contradictory with the Commission's findings on presumption of selectivity.

III. ARE STANDALONES AND MULTINATIONALS IN A LEGALLY AND FACTUALLY COMPARABLE SITUATION?

The Commission, in the decisions regarding MNEs, designated the reference system in the broadest manner possible as the corporate tax system and found MNEs and standalones legally and factually comparable. Thus, the advantage and selectivity criterion overlapped, since advantage is by definition any measure granted to an undertaking or several undertakings unlike the others.⁸⁶

⁸² *ibid.* §49

⁸³ *ibid.* §60

⁸⁴ *ibid.* §64

⁸⁵ *ibid.* §66

⁸⁶ **Lopez**, Hugo Lopez: "General Thought on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters" *European State Aid Law Quarterly*, 9, 4, 2010,

In this section we will argue that MNEs are not in a comparable situation with standalones. For this purpose, we will submit two main arguments. At first, we will argue that tax competition between Member States makes a distinction between MNEs and standalones. Secondly, we will discuss that the differences between intra-group transactions and open market transactions make a further distinction between MNEs and standalones.

A. Tax Competition Among the States

MNEs have the ability to allocate their revenues in states of their own choices. Since transfer prices are set by the group company, an MNE has a wide discretion in this regard.⁸⁷ Furthermore, freedom of establishment provides mobility for undertakings.⁸⁸ Accordingly, Article 49 of TFEU guarantees to an undertaking operating in one Member State to “*carry out an economic activity in a stable and continuous way in another Member State.*”⁸⁹ Thus, the headquarter of a group company may establish a subsidiary in a state by considering the pros and cons of those states. Surely, liability to tax is one of these pros and cons to consider.

On the other side of the equation, states desire to attract foreign investment. States proposing low taxes gain a competitive advantage over states proposing higher taxes.⁹⁰ An MNE offers benefits such as foreign investment, employment, more taxes in total compared to a standalone. Thus, tax competition among states are observed in sake of the real benefits attached to it.

The existence of such a competition is also explicit in the decisions of the Commission. In the *Excess Profit exemption in Belgium* decision, the

p.809 <https://0-www-jstor-org.libunix.ku.edu.tr/stable/pdf/26686105.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_search%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Aa27a4af4ed1a748a09bfbdb353ce141> accessed 22 May 2020

⁸⁷ **Giraud**, Adrien and **Petit**, Sylvain Petit: “Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter?”, *European State Aid Law Quarterly*, 16, 2, 2017, p.236 <https://www.jstor.org/stable/26694140?seq=1#metadata_info_tab_contents> accessed 21 December 2019

⁸⁸ European Parliament, ‘Freedom of Establishment and Freedom To Provide Services’ (Strasbourg, Fact Sheet, 2020)

⁸⁹ *ibid.*

⁹⁰ **Valente**, Piergiorgio: “Competitive Taxation and Tax Competition: The Winner Takes It All?” *Kluwer International Tax Blog* <http://kluwertaxblog.com/2019/03/04/competitive-taxation-and-tax-competition-the-winner-takes-it-all/?doing_wp_cron=1590663125.2385098934173583984375> accessed 28 May 2020

advantage was only granted when an MNE relocated its revenue or enhanced its activities in the Belgian jurisdiction.⁹¹ Furthermore, the contested aid scheme was introduced with the slogan “*Only in Belgium*”.⁹² A second example can be found in the *Apple/Ireland* decision.⁹³ In this decision the Commission stated that one of the contested rulings was the outcome of a negotiation process.⁹⁴

Giraud and Petit argue that the Commission has not considered the counterfactual scenario.⁹⁵ The authors are of the view that if an MNE is not provided with a satisfactory tax ruling, then this MNE would locate its profit in another territory with better benefits.⁹⁶ Thus, absent a favorable tax ruling, there may have been no revenue to tax to begin with.

It could be argued that the Commission does not approve tax competition and therefore would not consider it to make a distinction between MNEs and standalones. Indeed, some scholars argue that the Commission seems to target tax competition by interrupting in the fiscal areas of the Member States⁹⁷ and aims a harmonization of tax rules. However, such a harmony at the EU level does not exist at the time being. Unless this harmonization is established regarding the taxation practices on MNEs, state aid law cannot be used for such purpose.⁹⁸ Indeed in the *Groepsrentebox Scheme* case, the Commission underlined that “*Corporate tax rates are not harmonized in the EU, and the Netherlands are not in control of the rates applied by other countries. If undertakings manage to take advantage of the difference in tax rates, i.e. of the lack of*

⁹¹ *Excess Profit exemption in Belgium* §21

⁹² *ibid.* §42

⁹³ **Giraud**, Adrien and **Petit**, Sylvain, p.236.

⁹⁴ *Apple/Ireland* §147

⁹⁵ **Giraud**, Adrien and **Petit**, Sylvain, p.236.

⁹⁶ *ibid.* p.236

⁹⁷ **Verhagen**, Han: “State Aid and Tax Rulings – An Assessment of the Selectivity Criterion of Article 107(1) of the TFEU in Relation to Recent Commission Transfer Pricing Decisions”, *European Taxation*, 2017, p.279 <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/et_2017_07_int_1_PPV_AugNewsletter.pdf> accessed 10 December 2019

⁹⁸ **Gormsen**, Liza Lovdahl: “EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga” 2016 <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/09/eu-state-aid-law-and-transfer-pricing-critical-introduction-new-saga>> accessed 22 May 2020

harmonization, the Netherlands is not responsible.”⁹⁹ As seen, state aid law aims to control the internal harmony of national legislations, rather than the harmonization of the tax rules at the EU level.¹⁰⁰ Furthermore, selectivity criterion should be related to whether or not a policy or fact differentiates two types of undertakings, rather than approval of it. Therefore, we believe that tax competition is sufficient to show the difference between MNEs and standalones.

Finally, negotiation power is also taken into consideration by the ECJ in the *MOL v. Commission*.¹⁰¹ The ECJ stated that “*the fact that the rates set by year of validity of the 2005 agreement are the result of negotiation does not suffice to confer on that agreement a selective character, and that the situation would have been different only if the Hungarian authorities had exercised their margin of assessment in such a way as to favour MOL by agreeing to a low fee level without any objective reason having regard to the rationale of increasing fees in the event of an extension of authorization and to the detriment of any other operator having sought to extend its mining rights or, if there is no such operator, where there is concrete evidence that unjustified favourable treatment has been reserved to MOL.*”¹⁰² Since the mobility of MNEs offer them a negotiation power and this power generates competition between states, tax competition and negotiation power should be considered when designating the reference system.

B. Differences Between Intra-Group Transactions and Open Market Transactions

The Commission, by implementing the arm’s length principle, assumes intra-group transactions and open market transactions to be of same nature. However, these transactions differ from a variety of features. We believe that these reasons are sufficient to conclude that MNEs and standalones are not factually comparable on two grounds.

At first, we believe that if a group company would have the same commercial benefits without getting integrated, then this company would not have established subsidiaries. Nicolaides states that “*if the Commission considers that group companies are the same as independent companies, it*

⁹⁹ *Groepsrentebox Scheme* (Case 4511) Commission Decision C4/2007 (ex N 465/2006) [2009] OJ L/288/2009 §40

¹⁰⁰ For the same conclusion see **Gonzalez**, Saturnina Moreno, p.21.

¹⁰¹ *Commission v MOL*

¹⁰² *ibid.* §66

*will have to come up with a credible explanation why group companies exist in the first place. Why do companies bother to set up subsidiaries if they can obtain the same benefits from arm's length transactions?"*¹⁰³

Eden presents some reasons as to why theoretically there are no comparables to reach the arm's length price of intra-group transactions.¹⁰⁴ We believe that these reasons also show why group companies exist in the first place and why the intra-group and open market transactions differ. According to Eden company transactions do not endure *ex ante* and *ex post* market-making costs. For instance, *ex ante* costs such as search, negotiation and monitoring costs and *ex post* costs such as dispute settlement costs are not applicable to intra-group transactions.¹⁰⁵ These costs are also an indicator of the risk element that independent parties have to bear. Associated transacting parties have knowledge of each other's capacity and accountability.¹⁰⁶ Therefore, we believe that the Commission should have considered the difference on costs and risks endured by associated parties when designating the reference system.

Secondly, the intra-group transactions and open market transactions differ from the perspective of their aims on the generation of profit. When a standalone makes a transaction with another undertaking, this undertaking aims to maximize its own revenue. However, in case of intra-group transactions the aim would not be to increase each entities' revenues but the group's revenue itself.¹⁰⁷ For one thing, group companies intent to avoid double marginalization. When an associated party sell a product at cost to the other associated party and when they sell the product to the customers at the highest price, the combined profits gets higher compared to the situations in open market transactions.¹⁰⁸

In fact, the Commission agreed that this aim factor makes a distinction between standalones and group companies in its prior decisions. In the *Hungarian tax deductions for intra-group interest* case, the Commission assessed an aid scheme which exempted half the amount of net interest

¹⁰³ **Nicolaides**, Phedon, p.423.

¹⁰⁴ **Eden**, Lorraine, p.15.

¹⁰⁵ *ibid.* p.15

¹⁰⁶ **Nicolaides**, Phedon, p.423 also emphasizes the importance of the risk element and compares MNEs and standalones in this regard.

¹⁰⁷ **Eden**, Lorraine, p.15.

¹⁰⁸ **Nicolaides**, Phedon, p.422.

obtained from associated companies.¹⁰⁹ The Commission concluded that group companies and standalones are not comparable on debt financing activities. The Commission stated that “*related companies are not engaged in a merely commercial transaction, unlike unrelated companies, when they try to obtain loan or equity financing within the group. The parent and the subsidiary share the same interests, which is not the case of a commercial transaction with a third-party provider of finance, where each party tries to maximise its profits at the expense of the other.*”¹¹⁰ Since standalones try to maximize their own revenue and engage in commercial transactions, but group companies try to maximize their combined revenue and share the same interest, the same line of reasoning should also be valid in case of taxation practices of MNEs.¹¹¹

Unsurprisingly, Member States and MNEs also claimed that the Commission has recognized group effect in its prior decisions.¹¹² However, the Commission alleged that this interpretation would be a misreading of the prior decision.¹¹³ According to the Commission, the objective of exemption of arbitrage is distinct from the determination of taxable profits of a group company.¹¹⁴ The Commission alleged that exemption of arbitrage would primarily originate in group companies¹¹⁵ unlike calculation of taxable profit which is valid for every company.¹¹⁶

It is true that in the *Hungarian tax deductions for intra-group interest* case, the specific issue was financing of associated parties which is unavailable to unassociated parties. However, unassociated parties could also be financed through financial institutions and the net interest through financing is also borne on their account. Likewise, in the cases regarding MNEs, the Commission specifically scrutinizes the calculation of transfer prices, which is only available in the group context. Furthermore, the Commission in the *Hungarian tax deductions for intra-group interest* case focuses on the difference of transactions, rather than the availability of them to unassociated parties. The Commission highlights that independent parties

¹⁰⁹ *Hungarian tax deductions for intra-group interest* (Case 8130) Commission Decision C 10/07 (ex NN 13/07) [2009] OJ L/42/3 §8

¹¹⁰ *ibid.* §111

¹¹¹ **Verhagen**, Han, p.283.

¹¹² *Fiat/Luxembourg* §201

¹¹³ *Fiat/Luxembourg* §313; *State aid scheme UK CFC Group Financing Exemption* §142.

¹¹⁴ *Fiat/Luxembourg* §208

¹¹⁵ *Fiat/Luxembourg* §203

¹¹⁶ *ibid.* §208

get into commercial transactions while group companies have the same interests.

The Commission also alleges that in the *Hungarian tax deductions for intra-group interest* case, it has evaluated the reference system at the individual entity level rather than at the group level.¹¹⁷ We believe that this interpretation is also misleading, since the Commission assessed the aid at the individual entity level and nevertheless mentioned the group effect and concluded that standalones and group companies are not comparable.

In the *Groepsrentebox Scheme* case, the aid also concerned the financing of group companies.¹¹⁸ In that case, one more consequence of being a group company was examined. Since only financial institutions grant loan to standalone firms, the Commission compared financial institutions with the group companies. The Commission concluded that the financing activities are the main profits of financial institutions. However, financing of an associated party does not generate any profit at the group level.¹¹⁹ Likewise, in case of MNEs, while the transactions between standalones are their main sources of revenue, intra-group transactions do not generate profits at the group level. Therefore we believe that the reasoning in the *Groepsrentebox Scheme* should also be valid for MNEs.

In sum, we argued that standalones and MNEs are not legally and factually comparable. At first, we discussed that tax competition between Member States draw a distinction between these undertakings. Secondly, we argued that the intra-group transactions and open market transactions differ from each other. The risks and costs applicable to open market transactions are not valid for intra-group transactions. Furthermore, while the ultimate goal of a standalone in a transaction is to maximize the profit, the group companies share the same interest. We believe that these factors differentiate MNEs and standalones factually and legally.

IV. IS THE LEGAL BASIS FOR IMPLEMENTATION OF ARM'S LENGTH PRINCIPLE LEGITIMATE?

The Commission has stated that the arm's length principle is a necessity for the application of article 107(1) of TFEU regardless of the national

¹¹⁷ *ibid.* §313

¹¹⁸ *Groepsrentebox Scheme* §11

¹¹⁹ *ibid.* §91

legislation.¹²⁰ The Commission relied on *Belgium and Forum 187 v Commission* judgement and inserted that ECJ has adopted arm's length principle. However, after a closer look at the judgement, we disagree with the Commission.¹²¹

In the relevant decision, ECJ assessed a tax regime applied to coordination centers which belonged to an MNE and satisfied some other conditions.¹²² In the decision, ECJ referenced to the cost-plus method and concluded that the advantage may be established by “*compar[ing] that regime with the ordinary tax system, based on the difference between profits and outgoings of an undertaking carrying on its activities in conditions of free competition.*”¹²³ The ECJ indeed assessed whether the intra-group transactions were taxed as if they were open market transactions.

However, we should also question the content of “ordinary tax system” which the ECJ compared with the contested tax regime. In the case before the ECJ, the Belgian legislation has incorporated cost-plus method of OECD.¹²⁴ In fact, in the contested Commission decision, the Commission stated that “*Where -as is the case in Belgium- this comparable base is subject to the normal rate of corporation tax, the ultimate objective of establishing a comparable amount of tax has been achieved, and the application of the cost-plus method confers no advantages. The Commission's view is that the cost-plus method used by Belgium as part of the scheme covering the centres does not guarantee that income from free competition is taken into account; still less does it guarantee taxation comparable with that applied to other companies subject to the ordinary tax system.*”¹²⁵ Thus the Commission in the *Aid scheme implemented by Belgium for coordination centres* case designated the reference system as was laid down in the Belgian legislation. It would only be an assumption to state that the Commission and ECJ would still implement arm's length principle if

¹²⁰ *Fiat/Luxembourg* §228; *Apple/Ireland* §249; *Starbucks/Netherlands* §260-262; *Excess Profit exemption in Belgium* §147

¹²¹ See for the same conclusion: **Verhagen**, Han, p.285.

¹²² *Belgium and Forum 187 v Commission*

¹²³ *ibid.* §95

¹²⁴ See **Verhagen**, Han, p.285; **Joris**, Tony and **De Couk**, Wout, p.614; **Gonzalez**, Saturnina Moreno, p.20.

¹²⁵ *Aid scheme implemented by Belgium for coordination centres established in Belgium* (Case 564) Commission Decision 2003/757/EC [2003]

those were not laid down in the legislation.¹²⁶ We believe that this judgement may only be used as a precedent where a national legislation authorizes the principle.

Moreover, in this judgement, the ECJ stated that the selective nature of the tax regime arose from the fact that the regime was only applicable for some MNEs.¹²⁷ In other words, ECJ did not compare MNEs with standalones.¹²⁸ This fact alone demonstrates that this judgement of the ECJ is not in line with the Commission's decisions regarding MNEs. In sum, we believe that *Belgium and Forum 187 v Commission* judgement may not be a proper legal basis for the Commission Rulings¹²⁹ since the Commission doesn't investigate national legislation and directly apply the arm's length principle to the concrete case in its decisions regarding MNEs.

CONCLUSION

Throughout the study, we questioned the analysis of the Commission on the selectivity criterion in the decisions regarding MNEs. For this purpose, in the second section, we examined the Commission's findings on presumption of selectivity in case of APAs. We concluded that presuming APAs would amount to the abolishment of selectivity criterion. We argued that applying arm's length principle may be considered as the application of a general rule and therefore APAs may not be considered as an individual measure. Afterwards, we reviewed the prior case law and concluded that the Commission decisions regarding MNEs is not in line with the precedents.

Secondly, we argued that MNEs and standalones are not factually and legally comparable. Within this scope, we argued that the notion of negotiation or discretion of administrative authorities is not an excluded practice in state aid law. Since the tax competition between Member States provides a negotiation power to MNEs, we concluded that this competition makes a distinction between MNEs and standalones. Secondly, we examined that intra-group transactions and open market transactions are not alike. Unlike transactions between independent parties, transactions between associated parties do not involve market making costs and the risks regarding the uncertainty intrinsic to the reciprocal obscurity of both parties.

¹²⁶ Joris, Tony and De Couk, Wout, p.614.

¹²⁷ *Belgium and Forum 187 v Commission* §122

¹²⁸ Gonzalez, Saturnina Moreno, p.20.

¹²⁹ Verhagen, Han, p.285.

Furthermore, we argued that the aims of intra-group and open market transactions differ.

Finally, we questioned the legal basis of the Commission on the application of arm's length principle. We came into a conclusion that the Commission would only base to the precedents where the national legislation incorporates arm's length principle. Therefore, we believe that state aid law may not be an appropriate tool for achieving the goals of the Commission on taxation practices of MNEs.¹³⁰

¹³⁰ For the same conclusion see **Giraud**, Adrien and **Petit**, Sylvain, p.234.

BIBLIOGRAPHY

Books and Articles

- Bacon**, Kelyn (ed): *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, 2013.
- Cisotta**, Roberto: *Criterion of Selectivity in Hofmann* Herwig C. H. and **Micheau** Claire (eds): *State Aid Law of European Union*, Oxford University Press, 2016
- Eden**, Lorraine: “The Arm’s Length Standard: Making It Work in a 21st Century World of Multinationals and Nation States”, *Global Tax Justice*, Oxford University Press <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=296064003086022020029118075004006023051084051044068022009103075027119027065117110025061001111055010001121124028028019027099115126046036051078022065119065074002097055016028118095001079065112100088117072064089115011004093114019087127070029118081095001&EXT=pdf>> accessed 21 December 2019
- Giraud**, Adrien and **Petit**, Sylvain Petit: “Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter?”, *European State Aid Law Quarterly*, 16, 2, 2017, <https://www.jstor.org/stable/26694140?seq=1#metadata_info_tab_contents> accessed 21 December 2019
- Gonzalez**, Saturnina Moreno: “State aid, tax competition and BEPS: comments on the European Commission’s decisions on transfer pricing rulings” *University of Leicester School of Law Research Paper*, 17, 2017 <<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=00712307201309811300312509711812606902907307201408306602708307009208201309209310702404304201305803802604507502810100609609710200601602300106006709306410901809302211302305907809011007812700307802411808206506602601903011510208307600007007000300025082090&EXT=pdf>> accessed 3 May 2020
- Gormsen**, Liza Lovdahl: “EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga” 2016 <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/09/eu-state-aid-law-and-transfer-pricing-critical-introduction-new-saga>> accessed 22 May 2020
- Joris**, Tony and **De Couk**, Wout: “Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU “At Arm’s Length Principle”” *European State Aid Law Quarterly*, 16, 4, 2017

https://www.jstor.org/stable/26694193?seq=1#metadata_info_tab_contents accessed 10 December 2019

Lopez, Hugo Lopez: “General Thought on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters” *European State Aid Law Quarterly*, 9, 4, 2010, <https://0-www-jstor-org.libunix.ku.edu.tr/stable/pdf/26686105.pdf?ab_segments=0%252Fbasic_search%252Fcontrol&refreqid=excelsior%3Aa27a4af4ed1a748a09bfbfd1b353ce141> accessed 22 May 2020

Nicolaides, Phedon: “State Aid and Tax Rulings”, *European State Aid Law Quarterly*, 15, 3, 2016, <https://www.jstor.org/stable/26694075?seq=1#metadata_info_tab_contents> accessed 17 April 2020

Valente, Piergiorgio: “Competitive Taxation and Tax Competition: The Winner Takes It All?” *Kluwer International Tax Blog* <http://kluwertaxblog.com/2019/03/04/competitive-taxation-and-tax-competition-the-winner-takes-it-all/?doing_wp_cron=1590663125.2385098934173583984375> accessed 28 May 2020

Verhagen, Han: “State Aid and Tax Rulings – An Assessment of the Selectivity Criterion of Article 107(1) of the TFEU in Relation to Recent Commission Transfer Pricing Decisions”, *European Taxation*, 2017, <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/et_2017_07_int_1_PPV_AugNewsletter.pdf> accessed 10 December 2019

Notices and Policy Papers

Commission, ‘State aid: Commission opens in-depth investigation into tax treatment of Nike in the Netherlands’ (Brussels, press release, 2019)

Commission, ‘State aid: Commission opens in-depth investigation into the Netherlands’ tax treatment of Inter IKEA’ (Brussels, press release, 2017)

DG Competition, ‘DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings’ (2016) <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf> accessed 3 April 2020

European Parliament, ‘Freedom of Establishment and Freedom To Provide Services’ (Strasbourg, Fact Sheet, 2020)

European Commission, ‘Commission Staff Working Document Accompanying the Document Report from The Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions Report on Competition

Policy 2018' (2019) <https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2018/part2_en.pdf> accessed 3 March 2020

General Court of the European Union, 'The General Court of the European Union annuls the decision taken by the Commission regarding the Irish tax rulings in favour of Apple' (Luxembourg, press release, 2020)

OECD, 'OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017' (2017) OECD Publishing <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en#page5> accessed 14 April 2020

U.S. Department of the Treasury, *The European Commission's Recent State Aid Investigation of Transfer Pricing Rulings* (White Paper, 2016)

Cases

Aid scheme implemented by Belgium for coordination centres established in Belgium (Case 564) Commission Decision 2003/757/EC [2003]

Amazon/Luxembourg (Case 6740) Commission Decision SA.38944 (2014/C) (2014/NN) [2017] OJ L/153/2018

Apple/Ireland (Case 5605) Commission Decision SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 014/CP) [2016] OJ L/187/2017

C-15/14 P *Commission v MOL Magyar* [2015] ECLI:EU:C:2015:362

Engie/Luxembourg (Case 3839) Commission Decision SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) [2018] OJ L/78/2019

Excess Profit exemption in Belgium (Case 9837) Commission Decision SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) [2015] OJ L/260/2016

Gibraltar Corporate tax regime (Case 7848) Commission Decision SA.34914 (2013/C) [2018] OJ L/119/2019

Groepsrentebox Scheme (Case 4511) Commission Decision C4/2007 (ex N 465/2006) [2009] OJ L/288/2009

Hungarian tax deductions for intra-group interest (Case 8130) Commission Decision C 10/07 (ex NN 13/07) [2009] OJ L/42/3

Fiat/Luxembourg (Case 7152) Commission Decision SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) [2015] OJ L/351/2016

Joined Cases C-182/03 and C-217/03 *Belgium and Forum 187 v Commission* [2006] ECR 2003 I-06887

-
- Joined Cases C-20/15 P & C-21/15 P *World Duty Free Group v Commission* [2016] ECLI:EU:C:2016:981
- Joined Cases C-78/08 & C-80/08 *Paint Graphos v. Franchetto* [2011] ECR I-7611
- Joined Cases T-755/15 and T-759/15 *Luxembourg/Ireland/Fiat v. Commission* [2019] ECLI:EU:T:2019:670
- Joined Cases T-760/15 and T-636/16 *Netherlands/Ireland/Starbucks v. Commission* [2019] ECLI:EU:T:2019:669
- McDonald's/Luxembourg* (Case 6976) Commission Decision SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) (ex 2014/CP) [2018] OJ L/195/2019
- State aid scheme UK CFC Group Financing Exemption* (Case 2526) Commission Decision SA.44896 [2019] OJ L/216/2019
- Starbucks/Netherlands* (Case 7143) Commission Decision SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) [2015] OJ L/83/2017
- T-287/11 *Heitkamp BauHolding GmbH v Commission* [2016] ECLI:EU:T:2016:60

KELSEN'İN SON HAMLESİ*DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.899934>

Neil DUXBURY**

(Çev.) Arş. Gör. Hüseyin DENGİZ***

Öz

Hans Kelsen, saf hukuk kuramı ile yirminci yüzyıl hukuk felsefesini derinden etkilemiştir. Bu kuramı yaklaşık elli yıl boyunca geliştirip sürdürmüştür. Ancak ömrünün sonuna doğru bu kuramda bazı önemli değişiklikler yapmıştır. Kuramının en karakteristik ögesi olan temel normda yaptığı değişiklik bunlardan biridir. Kelsen, önceki metinlerinde temel normu, hukuki düşüncedeki bir önvarsayım olarak tanımlarken, son döneminde temel normun bir kurgu olduğunu söylemiştir. Bu makalede, Kelsen'in söz konusu radikal değişikliği neden yapmış olabileceği hususu tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kelsen, Norm, Temel norm, Saf hukuk kuramı, Önvarsayım, Kurgu, Vaihinger

KELSEN'S ENDGAME**Abstract**

Hans Kelsen deeply influenced twentieth century legal philosophy with his pure theory of law. He developed and maintained this theory for nearly fifty years. However, towards the end of his life, he made some important changes in this theory. The change he made in the basic norm, which is the most

* Cambridge Law Journal'da yayınlanmış bu yazı (bkz. Neil Duxbury, "Kelsen's Endgame", *Cambridge Law Journal*, 67 (1), March 2008, pp. 51-61, doi:10.1017/S0008197308000068), yazarın ve derginin izni ile çevrilmiştir.

** Hukuk Departmanı, London School of Economics

*** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı (e-posta: dengizhuseyin24@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2978-414X> (Makalenin Geliş Tarihi: 08.11.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 11.11.2020/ Makale Kabul Tarihi: 05.01.2021)

characteristic element of his theory, is one of them. While Kelsen defined the basic norm as a presupposition in legal thought in his previous texts, he stated that the basic norm in his last period was a fiction. This article discusses why Kelsen might have made the radical change in question.

Keywords

Kelsen, Norm, Basic Norm, Pure theory of law, Presupposition, Fiction, Vaihinger

Eğer tüm normların üzerinde olan bir süper-norm varsayabiliyorsak, ondan daha üstün başka bir süper-norm da varsayabiliriz ve bu şekilde sonsuza kadar devam eder. Tıpkı dünyayı taşıyan fil ve kaplumbağada olduğu gibi¹. Bunun bir işe yaramadığı aşikârdır².

I

Kelsen önemli bir hukuk felsefecisidir. Yaşadığı süre içerisinde dört yüze yakın yayın yapmıştır; kitaplarının çevirisi ve kitapları hakkında yazılmış yazılar da hemen hemen bu sayının yarısı kadardır³. Bu yazılar hukuk ile ilgili olan veya olmayan birçok konuyu ele alır. Kelsen hakkında hiçbir şey bilmeden Kelsen'in eserlerinin bibliyografyasını inceleyen bir kişi, onun ciddi bir entelektüel proje geliştirip sürdürmeyen ve enerjisini sonsuza dek konudan konuya atlayarak tüketen huzursuz eklektiklerden biri olduğunu düşünebilir. Hâlbuki Kelsen, ana entelektüel takıntılarını sürdürmekte oldukça inatçı biridir. Temel projesi olan saf hukuk kuramına 1910'ların başında başlamış ve 1960'lara kadar sürdürmüştür. Çağdaşlarının birçoğu bu projeyi sürdürme vizyonuna ve enerjisine hayran kalmıştır ve saf kuram hakkındaki birçok kitap ve makale, hukukbilimcileri bugün dahi meşgul etmektedir. Saf kuramı titizlikle geliştirmiş ve sağlam bir şekilde savunmuştur. Kuramı hakkında yapılan acımasız ve haksız eleştirilerin cevabını vermiştir⁴. Kelsen'in eleştirilenlere verdiği yanıtları okuyan bir kişinin, onun kuramsal inançlarının sarsılmaz olduğunu düşünmesi muhtemeldir.

¹ Burada bahsedilen Dünya Kaplumbağası (*World Turtle, Cosmic Turtle, World-bearing Turtle*) mitidir. Buna göre, dünya bir filin üzerinde, fil ise bir kaplumbağanın üzerinde durmaktadır. John Locke kitabında bu mite göndermede bulunmuştur: "...dünyayı büyük bir filin taşıdığını söyleyen Hintliye fili neyin taşıdığı sorulduğu zaman onun düşeceği durumdan daha iyi bir durumda olmaz; Hintli, fili bir büyük kaplumbağanın taşıdığını söylemiş, fakat kaplumbağayı neyin taşıdığı sorulduğunda onu da bilmediği bir şeyin taşıdığı yanıtını vermişti". **Locke**, John: İnsan Anlığı Üzerine Bir Deneme, (çev. Vehbi Hacıkadiroğlu), Ara Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 184-185 (çevirenin notu).

² **Buckland**, W. W.: Some Reflections on Jurisprudence, Cambridge, 1945, s. 21.

³ İkincil literatürün ne kadar geniş olduğu hakkında bir fikir edinmek için bkz. **Green**, Michael Steven: "Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems", Alabama L. Rev., 54, 2003, s. 365, 410-13.

⁴ Kelsen'in seksen dört yaşında iken, Paul Amssek ve Julius Stone'a cevap olarak yayınladığı uzun ve teknik olarak son derece iyi olan şu yazılar örnek olarak verilebilir: **Kelsen**, Hans: "Eine Phänomenologische Rechtstheorie", Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, 15, 1965, s. 363; **Kelsen**, Hans: "Professor Stone and the Pure Theory of Law", Stanford L. Rev., 17., 1965, s. 1128. Gerek Amssek gerekse Stone, saf hukuk kuramını temelsiz olarak nitelendirmişlerdir. Kelsen yanıtlarında, her iki düşümenin eleştirilerinin dayanaksız olduğunu öne sürmüştür.

Ama aslında öyle değildir; Kelsen'in, kendi kuramındaki yanlışları görmeyi reddettiğini düşünmek bir hata olur. Bununla birlikte, kabul ettiği yanlışlar, genellikle başkalarının işaret ettiği hususlara değil kendi kendini eleştirdiği hususlara ilişkindir. Yani Kelsen'e göre, saf hukuk kuramını en iyi anlayan eleştirmen, yine Hans Kelsen'dir. Kendi hukuk projesine yönelik şüpheleri hiç de az değildir. Hukuk felsefecileri, Kelsen'in ömrünün sonuna doğru saf kuramda iki radikal değişiklik yaptığını iyi bilirler. Birinci değişiklik şudur: Kelsen, bir norm sistemi içerisinde, çatışan normların aynı anda geçerli olamayacağını çok uzun yıllar boyunca savunmuştur. Ancak 1960'larda fikrini değiştirmiş ve her ne kadar mantıkta böyle bir şey mümkün olmasa da, birbiriyle çatışan normların bir hukuk sistemi içerisinde aynı anda geçerli olabileceğini ve bunun hiçbir sorun çıkarmayacağını iddia etmeye başlamıştır⁵. Kelsen'in çatışan normlar konusunda, nihai olarak nasıl bir sonuca ulaştığı belirsizdir (Joseph Raz, her ikisi de geçerli olan iki kanun ile bir eylemin hem yasaklanıp hem de serbest bırakılabileceğini kabul etmeyi gerektiren bu mantığa "deli mantığı" demiştir⁶). Buna rağmen, en azından son yazılarının bazılarında ulaştığı sonucu bulmak mümkündür⁷. Bununla birlikte, kuramındaki ikinci radikal değişimin (bir hukuk sisteminin temel normuna ilişkin fikrini değiştirmesinin) net bir açıklamasını bulmak için uğraşmak boşuna olacaktır.

⁵ Ölümünden sonra yayınlanan *General Theory of Norms* kitabında şöyle demektedir: "Genel normlar arasındaki çatışmalar söz konusu olduğunda, *Pure Theory of Law* (1960 yılında yayınlanan son baskısı) kitabımda da iddia ettiğim gibi, bu çatışma *Lex posterior derogat legi priori* (sonraki kanun önceki kanundan üstündür) ilkesi ile çözülemez. Bu durumda çatışan normlar anlamsız ve geçersiz olmayacaktır. Her iki genel norm da anlamlıdır ve geçerlidir." **Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, (trans. M. Hartney), Oxford, 1991, s. 214 (Parantez içleri Duxbury'ye aittir).

⁶ Bkz. **Raz**, Joseph: "Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms", *Philosophia*, 6, 1976, s. 495, 502-4.

⁷ Özellikle bkz. **Kelsen**, Hans/**Klug**, Ulrich: *Rechtsnormen und Logische Analyse*. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965, Vienna, 1981, s. 14-29, 36-8, 42-51, 87-91; **Kelsen**, Hans: *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, Dordrecht, 1973, s. 228-75; **Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, 5, s. 211-51. Kelsen 1960'lar boyunca, ulaştığı bu sonucu eleştirmenlere karşı savunmaya çalışmıştır. Ancak 60'ların sonuna doğru, görüşünü savunabilmek için adeta mücadele etmek zorunda kalmıştır. *Rechtstheorie* adlı derginin editörüne Eylül 1968 de şöyle demektedir: "İlerleyen yaşım nedeniyle hafızam zayıfladı ve diğer zihinsel yetilerimin de etkilenmesinden korkuyorum. Artık başka bir şey yayınlamam gerektiğine inanıyorum". **Adomeit**, Klaus: "Hans Kelsen", *Rechtstheorie*, 4, 1973, s. 129. Yazının orijinalinde yazar derginin sayısını "dokuz" olarak yazmıştır. Ancak söz konusu yazı dokuzuncu değil dördüncü sayıdadır (çevirenin notu).

Genel hatlarıyla ifade edecek olursak, Kelsen, mesleki yaşamının büyük bir bölümünde temel normu bir önvarsayım (vatandaşların, tarihsel olarak ilk anayasaya uygun olarak oluşturulmuş hukuk normlarına uymaları gerekir) olarak düşünmüştür. Bir hukuk sisteminin tüm normlarının nihayetinde temel normdan kaynaklandığını ileri sürmüştür. Çünkü varsaydığımızı bildiğimiz bu norm olmadan pozitif bir hukuk bilinci mümkün olamazdı⁸. *Pure Theory of Law (Saf Hukuk Kuramı)*'un birinci ve ikinci baskısı arasındaki çeyrek asırlık süre içerisinde, Kelsen'in temel norm anlayışı prensipte değişmeden kalmıştır⁹. Kitabın 1934'teki ilk baskısında temel normu şöyle açıklamıştır: “Basitçe temel norm, her pozitivist hukuki bilgi anlayışı için gerekli olan varsayımı ifade eder. Bir hukuk normu olarak değil... tüm hukuk yaratımının öngörülen bir koşulu olarak geçerlidir”¹⁰. Her hukuk normu “özel bir eylemle yaratılır... akıl ile değil irade eylemiyle”¹¹ - rastgele bir irade ile değil, hukuk normu oluşturmak için hukuki olarak yetkilendirilmiş bir kişinin veya kurumun iradesi ile. Norm yaratan kişi veya kurum, başka bir hukuk normu tarafından yetkilendirilmiştir. Ve yine bu hukuk normu da, başka bir hukuk normu ile norm çıkarmaya yetkilendirilmiş bir kişi veya kurum tarafından çıkarılmıştır. Ve böylece, temel normlara ulaşmaya kadar bu zincir devam eder. Herhangi bir hukuk normunun geçerliliğinin nedenini, eylemi başka bir hukuk normu tarafından yetkilendirilmiş bir kişi veya kurumun iradesine atf yaparak açıklayabiliriz; ancak bu açıklama temel norma uygulanamaz. Çünkü temel norm, yürürlüğe konulmuş bir norm değildir. “Önvarsayılmalıdır, çünkü daha yüksek bir norm tarafından yetkilendirilmiş bir otorite tarafından ‘konulamaz’. Bu nihai normun geçerliliği

⁸ “Varsayımsal temel norm şu soruyu cevaplar: Bir biliş nesnesi olarak, hukuk bilimi nesnesi olarak pozitif hukuk nasıl mümkün olur; yani, bir hukuk bilimi nasıl mümkün olur?”, **Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, (trans. A. Wedberg), New York, 1945, s. 437.

⁹ Bkz. **Paulson**, Stanley L.: “Four Phases in Hans Kelsen’s Legal Theory? Reflections on a Periodization”, *O.J.L.S.*, 18, 1998, s. 153, 160.

¹⁰ **Kelsen**, Hans: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 1992, s. 58. *Saf Hukuk Kuramı*'nın, ya da orijinal ismi ile *Reine Rechtslehre*'nin, 1934 ve 1960 yıllarında olmak üzere iki edisyonu bulunmaktadır. Bu geçen süre içerisinde Kelsen, ilk kitabındaki görüşlerini genişleterek ve ayrıntılandırarak ikinci edisyonu meydana getirmiştir. Kitabın ilk edisyonu İngilizceye *Introduction to the Problems of Legal Theory* ismiyle, ikinci edisyon ise *Pure Theory of Law* ismiyle çevrilmiştir. Ayrıca kitabın ilk edisyonu Türkçeye de çevrilmiştir, bkz. **Kelsen**, Hans: *Saf Hukuk Kuramı*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, İstanbul, 2016, (çevirenin notu).

¹¹ **Kelsen**, *Introduction*, s. 56.

daha yüksek bir normdan türetilemez, geçerliliğinin nedeni sorgulanamaz”¹². Ayrıca yasama yoluyla konulmuş bir norm olmadığı için, “bir irade eyleminin anlamı olamaz”; bilâkis, “yalnızca bir düşünme eyleminin anlamı olabilir”. Bu normun hukuki düşüncede (*juristic thinking*) önvarsayılması sonucunda ortaya çıkan şudur: “Tarihsel olarak ilk anayasanın emirlerine uyulması gerekir”¹³.

Burada, saf kuram tartışmalarında genellikle değinilen teknik meselelerden (Kelsen’in Kantçılığı, aşkınsallığı, normlar hiyerarşisi vs.) kasten kaçındım ve Kelsen’in, hayatının büyük bir kısmında kuramının ana öğelerinden biri olan temel norm kavramını sunmaya çalıştım. İlgimi çeken şey temel norm değil, Kelsen’in temel normda yaptığı nihai değişiklik. Hukuk felsefecilerinin iyi bildiği üzere, 1960 yılında *Pure Theory of Law*’un ikinci baskısından kısa bir süre sonra, Kelsen temel norm hakkında çok farklı şeyler yazmaya başlamıştır. Önceden temel normu, hukukun bilim olarak algılanması için gerekli olan bir önvarsayım şeklinde tanımlarken, onun yerine daha esnek bir kavram olarak “kurgu” olarak temel normu getirmiştir¹⁴. Bu düşünce değişikliğinin sonuçları bir anda ortaya çıkacaktır. Ancak öncesinde belirtilmelidir ki hiç kimse, Kelsen’in temel normda yaptığı bu değişikliği aydınlatıcı veya faydalı bulmamış gibi görünmektedir. Yaşamının son on üç yılında argümanlarının bazılarını radikal olarak gözden geçirmesi, hukuk felsefecileri tarafından, hukuk bilimindeki başarısının büyüklüğünü azaltan şartıcı karmaşalar olarak görülme eğilimindedir¹⁵. Genellikle Kelsen’in hukuk kuramı, Kelsen 1960 yılındaki ikinci baskıdan sonra saf hukuk kuramı hakkında yazmayı bırakmış gibi tartışılır; hatta bu bazen oldukça kasıtlı olarak yapılır¹⁶. Aşağıda göreceğimiz üzere Kelsen bile, temel

¹² **Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 2nd ed., (trans. M. Knight), Berkeley, 1967, s. 194-5.

¹³ **Kelsen**, *Pure Theory*, s. 204.

¹⁴ Saf Hukuk Kuramı’nın ikinci baskısının İngilizce çevirisi, Kelsen’in temel normu yeniden düzenlemesinden sonra yayınlanmıştır. Kelsen’in bu çeviriyi kontrol edip bazı değişiklikler yapmış olmasına rağmen, çeviriyi saf kuramın “son hali” olarak görmemesi şartıcı değildir. Bkz. **Kelsen**, *Pure Theory*, s. vi (translator’s preface). İkinci baskının orijinal Almanca versiyonunda bile, temel normun yeniden düzenleneceğine dair ipuçları vardır: Bkz. **Paulson**, “Four Phases”, s. 161.

¹⁵ Bkz. **Gardner**, John: “Law as a Leap of Faith”, in *Faith in Law: Essays in Legal Theory*, ed. P. Oliver et al., Oxford, 2000, s. 19, 24-5; **Beyeleveld**, Deryck: “From the ‘Middle Way’ to Normative Irrationalism: Hans Kelsen’s General Theory of Norms”, *M.L.R.*, 56, 1993, s. 104, 118-9.

¹⁶ Örnek olarak bkz. **Bix**, Brian H.: *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford, 2004, s. 114 (“...burada Kelsen ile ilgili öne sürdüğümüz iddialar, uzun yıllar boyunca sürdürdüğü

normun bu yeni biçiminin, 1911 ve 1960 arasındaki biçimin gelişmiş olduğunu iddia ederken, alışılmadık bir biçimde çekingen görünmektedir. Bu çekingenlik onun, bu süre zarfında hukuki geçerliliğin tamamen bilimsel olarak açıklanabilmesi yönündeki çabalarının başarılı olmadığı düşüncesiyle belirgin bir tezat oluşturmaktadır. John Finnis'e göre temel normun yeniden biçimlendirilmesi şu anlama gelmektedir: Kelsen, kendi hukuk felsefesinin hukuki geçerliliği açıklamakta, hatta hukuku tutarlı bir şekilde tanımlamakta dahi başarısız olduğunu kabul etmiştir ve kuramı "büyük bir çöküş" yaşamıştır. İşte temel normdaki değişiklik de bu çöküşün bir parçasıdır¹⁷.

Bu değerlendirmenin doğru olduğuna eminim. Kelsen temel normu yeniden şekillendirmiştir; çünkü 1960'a kadar olan yazılarında bulunan ifadelerin hiçbirinin hukuk biliminin taleplerini karşılamadığına ikna olmuştur. Fakat onu önceki temel normun yanlış olduğuna ikna eden ne oldu? Bu kısa makalenin amacı, kafa karıştıran bu soruyu cevaplamaya çalışmaktır. Ancak karışıklığın tamamen ortadan kalkmasını beklemeyin; çünkü doğrusunu söylemek gerekirse, Kelsen'in yaptığı bu değişikliğe neyin yol açtığı sorusuna verilecek tüm cevaplar spekülatif olacaktır. Ancak yine de bu soru dikkate alınmayı hak ediyor; çünkü Kelsen, şu anda bile önemini koruyan bir isim. Bu olağanüstü hukukçu, saf hukuk kuramını yarım yüzyıl boyunca dikkatle savunmuş ve geliştirmiştir. Ve son yıllarında (çoğumuzun, kuramsal konularımızı yeniden irdelemek şöyle dursun, onları savunmak için motivasyonumuzu ve enerjimizi kaybedeceğimiz bir dönem), kuramın bazı temel bileşenlerinden şüphe etmeye başlamıştır. Bu şüphenin en ciddi göstergesi belki de temel normu bir kurgu olarak yeniden yapılandırmasıdır.

II

Kelsen'in 1960'larda temel norm anlayışının nasıl değiştiğini açıklamak çok zor değildir; ancak, yaptığı değişikliğin sonuçları karmaşıktır. *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısından alıntılanan şu parçada Kelsen'in, temel normun bir önvarsayım olduğu iddiasını yinelediği görülmektedir:

Örneğin, bir baba çocuğuna okula gitmesini emreder. Çocuk, neden diye sorduğunda babası cevap verir; çünkü çocuklar babalarına itaat etmelidir. Çocuk, neden çocuklar babalarına itaat etmelidir diye sorduğunda baba cevap verir; çünkü Tanrı böyle buyurmuştur ve Tanrının emirlerine uyma-

kuramı ile ilgilidir. Son yıllarda yazdığı ve önceki yıllarda ortaya koyduğu kuramı gizemli bir şekilde reddettiği metinler burada dikkate alınmamıştır").

¹⁷ **Finnis**, John: "The Priority of Persons", in J. Horder, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*. Fourth Series, Oxford, 2000, s. 1, 6.

mız gerekir. Çocuk, neden Tanrının emirlerine uymamız gerekir diye sorarsa, o zaman babanın cevabı şu olacaktır: böyle bir soru sorulmaz, bu norm sorgulanamaz ve geçerliliğinin nedeni aranamaz; yani bu norm önvarsayılmalıdır¹⁸.

Dört yıl sonra, anayasanın işlevi ile ilgili kısa bir makalede, Kelsen bu aynı örneği tekrar kullanır ve aynı sonuca varıyor gibi görünür: “Çocuk sorar: “Neden Tanrı’nın emirlerini dinlemeliyiz? ... bunun tek olası cevabı şudur: Çünkü inanan biri Tanrı’nın emirlerine itaat etmesi gerektiğini önvarsayar. Bu, dini bir ahlakın normlarının geçerliliğini temellendirmek için bir inananın düşüncesinde önvarsayılması gereken bir normun geçerliliğinin ifadesidir... geçerliliğinin temeli hakkında başka bir soru ortaya konulamaz”¹⁹. Ancak bu yazının devamında, argümanının dört yıl içinde ince fakat radikal bir değişim geçirdiği açık bir şekilde görülür. Makalenin çoğunda bildik şeyleri tekrar eder: Bir hukuk düzeninin temel normu temeldir, “çünkü varlığı hakkında başka bir soru ortaya konulamaz; çünkü bu pozitif bir norm değildir... hukuki bilişte varsayılan bir normdur... hukuk biliminin hukuku nesnel olarak geçerli bir düzen olarak tanımladığı kararların aşkınsal-mantıksal koşuludur”²⁰. Bunları dedikten sonra bombayı patlatır: “Düşüncede varsayılan temel norm ile birlikte, temel normun anlamlandırdığı (hayali) irade eylemini yapan, hayali bir otorite de düşünülmalıdır”²¹.

Pure Theory of Law’un ikinci baskısında, daha önce gözlemlediğimiz gibi, Kelsen herhangi bir hukuk normunun bir irade eyleminin anlamını somutlaştırdığını öne sürmektedir. Ancak aynı şeyi temel norm söz konusu olduğunda reddetmekte; yani temel normun da önünde bir irade eylemi olduğunu kabul etmemektedir. Kelsen’in kendi akıl yürütmesini takip edersek; temel norm, herhangi bir hukuk normu gibi, bir irade eyleminin anlamı ise, bu irade eylemi, geçerli bir temel norm oluşturma yetkisine sahip bir otoritenin eylemi olmalıdır. Yine Kelsen’in akıl yürütmesini takip edersek; bu otorite, temel normun kendisinden bile daha yüksek bir normdan türetilmelidir (bu norm da yine bir irade eyleminin anlamı olmalıdır ve bu şekilde sonsuza kadar gidilecektir). 1960’dan önce Kelsen, temel normun hukuki düşünce eylemi ile önvarsayıldığını iddia etmekteydi. Bu hukuki düşünce, vatandaşların tarihsel olarak ilk anayasaya göre geçerli olan hukuk normla-

¹⁸ Kelsen, *Pure Theory*, s. 196-7.

¹⁹ Kelsen, Hans: “The Function of a Constitution (1964)”, (trans. I. Stewart), in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, s. 109, 112.

²⁰ Kelsen, “The Function”, s. 115-6.

²¹ Kelsen, “The Function”, s. 117.

rına uymaları gerektiğine dair hukukçunun düşüncesidir. Ancak 1964 yılına gelindiğinde, bu iddia artık onu tatmin etmemektedir. “Gerçek bir irade eylemi tarafından ortaya konulmayan, ancak sadece hukuki düşüncede önvaryılan bir norm için, şöyle bir haklı eleştiri öne sürülebilir: Bir norm, bir düşünme eyleminin değil, sadece bir irade eyleminin anlamı olabilir”²². Eğer bu eleştirinin geçerliliği kabul edilirse, herhangi bir hukuk normu gibi, temel norm da bir irade eyleminin anlamı olarak anlaşılmalıdır. Ama bu kimin iradesi olacak? Ve bu irade nasıl yetkilendirilecek? Ve bu yetkiyi hangi irade verecek? Sorular bu şekilde devam edip gider.

Peki, Kelsen'in kendini bu karmaşadan kurtarma şansı var mıydı? Kelsen son çalışmalarında (ikna edici bir şekilde olmasa da), bu durumdan kurtulmanın tek yolunun, temel normu kurgusal bir norm olarak kavramak olduğunu söylemiştir. Argümanı, Hans Vaihinger'in kurgular kuramına dayanmaktadır. Vaihinger, gerçeklikle çelişen yarı-kurgular ile yalnızca gerçeklikle çelişmekle kalmayıp aynı zamanda kendisiyle de çelişen hakiki (*genuine*) ya da tam kurguları birbirinden ayırmaktadır²³. 1962 civarında Kelsen, temel normun bir yarı-kurgu olarak düşünülmesi gerektiğini öne sürmüştür. Çünkü temel norm gerçeklikle çelişmektedir; önvaryılan temel norm gerçekte yoktur²⁴. 1964 yılına gelindiğinde ise, temel normun hakiki bir kurgu olduğunu iddia etmiştir:

Bir temel norm varsayımı gerçeklikle çelişir; çünkü gerçek bir irade eyleminin anlamı olarak böyle bir norm mevcut değildir. Bununla da kalmaz, kendi içerisinde de çelişki içerir; çünkü kendisi hem en üstün ahlaki veya hukuki otoriteyi yetkilendirir hem de bu otoritenin üzerinde bir otoriteden (hayal ürünü bir otorite) kaynaklanır²⁵.

²² **Kelsen**, “The Function”, s. 116.

²³ Bkz. **Vaihinger**, Hans: *The Philosophy of “As If”*, 2nd English ed., (trans. C. K. Ogden), London, 1935, s. 16, 97-100. Bu metnin Almanca olan ilk baskısı 1911 yılında yapılmıştır.

²⁴ **Kelsen**, Hans: “Diskussionsbeitrag”, in F. M. Schmölz, ed., *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*, Vienna, 1963, s. 118, 119-20.

²⁵ **Kelsen**, “The Function”, s. 117. Yazının çevirmeni, Kelsen hakkındaki yazılarında, kurgusal temel normun kendi içinde bir çelişki içerdiği iddiasının yanlış anlaşıldığını iddia etmektedir. Ona göre Kelsen'in burada kastettiği şudur: Kurgusal norm “olmayan bir şeydir ve bu nedenle olmayan bir şeyle ilgili gerçeklik ya da sahtelik sorunu ortaya çıkamaz”. **Stewart**, Iain: “Kelsen and the Exegetical Tradition”, in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, s. 123, 133; aynı yönde bkz. **Stewart**, Iain: “The Basic Norm as Fiction”, *Juridical Rev. (N.S.)*, 25, 1980, s. 199, 208. Ancak bana göre bu pasajda Kelsen'in anlatmak istediği şudur: Kurgusal temel norm fikri bir çelişki içermektedir; çünkü hem en yüksek otoriteyi yetkilendirir hem de daha yüksek

Tıpkı Kelsen'in burada gördüğü gibi, Vaihinger, kurguları faydalı sahtelikler olarak görmüştür²⁶. Kelsen burada temel normu hala önvarsayıyor, ancak aslında olmayan bir irade eylemi varmış ve temel norm onun anlamıymış gibi önvarsayıyor. Ölümünden sonra yayınlanan son eseri *General Theory of Norms (Normların Genel Teorisi)* adlı kitabında tartışmayı kısaca ayrıntılandırıyor. Temel norm “sadece düşünülmüş bir normdur... hayali, gerçek olmayan bir irade eyleminin anlamıdır”. “Bilişsel bir araç” gibi olan bu normun faydasını hafife almamalıyız, çünkü tek başına pozitif bir hukuk düzeninin geçerli normlarını diğer emir türlerinden ayırt etmemizi sağlar²⁷. Ancak bir kurgu olarak tasarlanan temel norm, Kelsen'in yapmasını istediği işi yapmıyor gibi görünmektedir. Olsa olsa, belirli emirleri, “sanki” pozitif bir hukuk düzeninin geçerli normlarıymış gibi kabul etmemizi sağlar²⁸. Bir kurgu olarak temel norm kavramı, bu emirlerin geçerli hukuk normları olduğunu göstermez. Yani Kelsen, bu kavramı benimseyerek, hukuk sisteminin, dinamik olarak birbiriyle ilişkili geçerli hukuk normlarından oluşan bir sistem olduğunu göstermek için ömrü boyunca verdiği uğraşa ciddi zarar vermiştir²⁹. Ayrıca temel normun bu yeni versiyonu, her normun bir irade eyleminin anlamı olduğu konusunda ısrar ederek ortaya çıkan sonsuz geriye gidiş (*regression*) sorununu da çözememektedir. Alexy'e göre, eğer kurgusal bir normun bir hukuk düzeni için temel oluşturduğu varsayılırsa, Kelsen'in akıl yürütmesine uygun olarak, kurgusal iradeyi temel norm çıkarmaya yetkilendirmiş olan başka bir temel norm daha varsaymak gerekecektir. Bu durumda Kelsen, temel normu “temel” olma karakterinden yoksun bırakmakla kalmaz, aynı zamanda sonsuza kadar giden (*ad infinitum*) kurgusal iradeler ve onları yetkilendiren kurgusal temel

bir (hayali) otoriteden kaynaklanır. Aynı yönde bkz. **Paulson**, Stanley L.: “Introduction”, in S. L. & B. L. Paulson, eds., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998, s. xxiii, xlv.

²⁶ Bkz. **Vaihinger**, s. xlii.

²⁷ **Kelsen**, *General Theory of Norms*, s. 256. Ayrıca bkz. **Kelsen**, Hans: “On the Pure Theory of Law”, *Israel L. Rev.*, 1, 1966, s. 1, 6-7 (“Temel norm önvarsayımı, Vaihinger'in ‘sanki’ felsefesi (*Als-Ob/As if*) anlamında tipik bir kurgu örneğidir. Bu önvarsayım, insan eylemi ile oluşturulan, büyük ölçüde etkili olan ve “hukuk” olarak adlandırılan zorlayıcı bir düzenin, objektif olarak geçerli hukuki normlar sistemi olarak yorumlanabilmesini sağlar...”).

²⁸ Bkz. **Walter**, Robert: “Der Gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre”, *Rechtstheorie*, 1, 1970, s. 69, 80 (“Bu temel norm, bir *varsayımdan* başka bir şey değildir. Etkili ve zorlayıcı emirlerin, *sanki* normatif emirlermiş gibi tanımlanmasını ve yorumlanmasını sağlar...”).

²⁹ Bu Paulson'ın görüşüdür, bkz. **Paulson**, Stanley L.: “Kelsen's Legal Theory: The Final Round”, *O.J.L.S.*, 12, 1992, s. 265, 270; **Paulson**, “Introduction”, s. xlv.

normlara sebebiyet verir (çünkü bir sonraki temel norm da sadece bir irade eyleminin anlamı olabilir)³⁰. Temel norm, bir irade eyleminin anlamı olarak kabul edildiğinde, ortaya çıkan sonsuz geriye gidiş sorunu, Kelsen'in kurgu öğretisine başvurmasıyla çözülmemekte; aksine, tekrarlanmaktadır.

III

Kelsen'in temel norm ile ilgili son on yılda söyledikleri, kuşları seven ve onların korunmasına yönelik vasiyet hazırlamış birinin, ölmeden önce vasiyetini değiştirerek parasını güvercin vurmak için kurulmuş bir kuruma bırakmasına benzemektedir. Peki, Kelsen bunu neden yapmıştır? Bunu yaparken kafasından geçen tam olarak nedir? Bu soruyu bir miktar tahmin yürütmeden ve yeni sorulara kapı açmadan cevaplamak imkânsız görünmektedir. Belki de olan basitçe şudur: Kelsen, bir önvarsayım olarak temel norm fikrinin dayandığı Kant'ın epistemolojisine karşı şüpheci bir hâl almıştır. Peki, ama bu şüphecilğe sebep olan nedir? Belki de cevap, felsefesi ile Kelsen'i kurgu olarak temel norm fikrine götürmüş gibi görünen Vaihinger'dir. Ancak Vaihinger'in argümanının, Kelsen'i, yarım yüzyıl boyunca adeta damıtarak elde ettiği temel norm kavramını değiştirmeye neden ikna ettiği belli değildir³¹. Kelsen'in temel normu neden değiştirdiğini açıklamaya ne kadar çalışırsak çalışalım, şu soru her zaman cevapsız kalmaktadır: “*Bunu neden yaptı?*”.

Bana öyle geliyor ki, Kelsen'in temel normda yaptığı değişiklik, 1960 öncesi hukuk felsefesini tamamen terk ediş değil, bir aşırı büyümedir (*outgrowth*). 1920-1960 yılları arasında, Viyana Okulu'ndan meslektaşı Adolf Merkl'i takip ederek, bir hukuk sisteminin en genel anayasal ve kanuni düzenlemelerden en somut kanuni düzenlemelere kadar hukuk normlarının bir hiyerarşisi olarak anlaşılabilceğini savunmuştur. En düşük seviyedeki olanlar hariç tüm hukuk normları, daha düşük seviyeli hukuk normları oluşturma yetkisi verir ve her hukuk normu, daha yüksek bir hukuk normu tarafından yetkilendirilir³². Ancak, Kelsen'in birbirlerini yetkilendiren

³⁰ Alexy, Robert: *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 2002, s. 111.

³¹ Kelsen'in, Vaihinger'in felsefesinden çok önceden haberdar olduğu ve bu felsefenin hukuk-bilimsel potansiyeli ile ilgili bir çalışmasının olduğu da unutulmamalıdır, bkz. Kelsen, Hans: “Zur Theorie der Juristischen Fiktionen”, *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, s. 630.

³² Bkz. Kelsen, Introduction, s. 63-75. Merkl'in hukuku hiyerarşik bir yapı olarak ileri sürdüğü kuramı için bkz. Merkl, Adolf Julius: “Prolegomena einer Theorie des

normlar fikri basittir: *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısında ayrıntılı olarak tanımladığı üzere geçerli hukuk normları, diğer hukuk normlarını yetkilendirmez, ancak “bir kişiye belirli bir güç, özellikle de normları yürürlüğe koyma gücü verir. Bu bağlamda, anlamı norm olan eylemler irade eylemleridir”³³. Yani, Kelsen'in hukuk biliminde hukuk normu, bir irade eyleminin anlamının somutlaştırılması olarak karakterize edilir. Bu irade eylemi de daha yüksek bir hukuk normu tarafından yetkilendirilmiştir. Bu yüksek norm ise başka bir irade eyleminin anlamının somutlaştırılmasıdır. Ve bu şekilde devam eder. Basitçe söylenecek olursa, her hukuk normu, daha önceki bazı zihinsel eylemlerden türetilmelidir.

Temel norm kavramı (her ne kadar ismi temel olsa da, hiyerarşinin tabanında değil zirvesindedir³⁴), tüm hukuk normlarının daha önceki zihinsel eylemlerden türediği bir kurama açıkça uymamaktadır. Böyle bir norm gerçekten böyle bir kuram içine yerleştirilebilir mi? Yerleştirmenin tek yolu, sadece yürürlüğe konulmuş normların bir irade eyleminin anlamı olması gerektiğini söylemek olacaktır. Temel norm, pozitif hukuk düzeninin gerçek bir normu olmadığından (çünkü o sadece bir fikirdir); temel norm dışında tüm hukuk normlarının bir irade eyleminin anlamı olması gerekir; temel norm ise konulmuş bir norm değildir, sadece önavsayılabilir diye neden diyemeyelim? 1960'a kadar olan dönemde tam da bunu söyleyen Kelsen, daha sonra bunun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısında “bir normun sadece gerçek bir irade eyleminin anlamı olması gerektiğini” kabul etmektedir³⁵. Bu belirsiz ifade (her norm bir irade eyleminin anlamı olmak zorunda değildir), temel normun, olabileceğini önerdiğim şekilde özel bir istisna olduğunu iddia etme fırsatı verir. İlk bakışta, bu fırsatı değerlendiriyormuş gibi görünür; çünkü temel normun önavsayılması gerektiği iddiasına bağlı kalır. Bununla birlikte, sonunda onu kurgusal bir temel norm kavramına götürecek farklı bir yol izlediği ortaya çıkmaktadır. Bir normun sadece bir irade eyleminin anlamı olması gerektiğini tespitine devam ederek şöyle demektedir:

...aynı zamanda bir düşünce eyleminin içeriği de olabilir. Gerçekten var olmayan, ama sadece düşüncemizde “var” olan şeyleri hayal edebildiğimiz

Rechtlichen Stufenbaues”, in A. Verdross, ed., *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Vienna, 1931, s. 252-94.

³³ Bkz. **Kelsen**, *Pure Theory*, s. 5.

³⁴ Bkz. **Troper**, Michel: “La Pyramide est Toujours Debout!”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 94, 1978, s. 1523.

³⁵ Bkz. **Kelsen**, *Pure Theory*, s. 9.

gibi, gerçek bir iradenin anlamı olmayan ama sadece bizim düşüncemizde var olan bir normu hayal edebiliriz. O zaman, bu pozitif bir norm olmaz. Fakat bir normun gerekliliği ve anlamlandırdığı irade arasında bir korelasyon olduğundan, anlamı bizim düşüncemizde önvarsayılan norm (pozitif bir hukuk düzeninin temel normu) olan hayali bir irade olmalıdır³⁶.

Bu pasajın son bölümünde Kelsen'in temel normunu, hayali yani sadece düşüncemizde var olan bir irade eyleminin anlamı olarak görüyoruz. Kelsen'in *Saf Hukuk Kuramı*'nın ikinci baskısında kullandığı bu dil, daha sonra "The Constitutional Function (Anayasal İşlev)" ve *General Theory of Norms*'da ortaya çıkacak olan temel norm görüşüne yaklaştığını göstermektedir. Kelsen'e göre her norm, bir irade eyleminin anlamı olmalıdır. Söz konusu temel norm olsa bile bu böyledir; temel norm da hayali bir irade eyleminin anlamıdır. *Pure Theory of Law*'un ikinci baskısında bulduğumuz bu akıl yürütme çizgisini Kelsen, "The Constitutional Function" da bir aşama daha ileri taşır: Eğer temel norm hayali bir irade eyleminin anlamı ise, o zaman bu hayali irade eyleminin kendisi de temel normdan daha yüksek bazı hayali normlar tarafından yetkilendirilmelidir ve böyle devam eder. Hukuk normu, daha yüksek bir hukuk normu tarafından yetkilendirilen bir irade eyleminin anlamıdır. Temel norm, pozitif bir hukuk normu ile bir irade eyleminin anlamı olma özelliğini paylaşır, ancak temel normun durumunda, irade eyleminin hayal edilmesi gerekir. Bununla birlikte, bu hayali irade eylemi de, Kelsen'in normatif argümanının yapısına göre, bir norm ile temellendirilmelidir. Kelsen bu şekilde, temel normun normatifiğini göstermek istemiştir. Bunun için de herhangi bir hukuk normunda olduğu gibi, temel normun da bir irade eyleminin anlamı olduğunu göstermek istemiş ve böyle bir yola başvurmuştur. Ancak temel norm, kendisinden daha yüksek hayali bir otoritenin irade eyleminin anlamı olarak tasarlandığında, temel olma özelliğini kaybetmektedir. Bir kurgu olarak temel norm düşüncesi, Kelsen'in temel normu, mantıksal bir sonuç olarak gördüğü, her normun bir irade eyleminin anlamını somutlaştırdığı argümanına dâhil etme çabasıdır.

IV

Elimizden gelen her şeyi yapsak da, bazen Kelsen konusunda yenilgiyi kabul etmek zorundayız. Hart, *General Theory of Law and State (Hukukun ve Devletin Genel Kuramı)*'i eleştirdiği "Kelsen Visited (Kelsen Ziyareti)" isimli isabetli makalesinde böyle bir tutum sergilemektedir. Hart burada, Kelsen'in neyi başarmaya çalıştığı ile pek ilgilenmez. Örneğin, Kelsen'in

³⁶ Kelsen, *Pure Theory*, s. 9-10.

hukuk normu ile hukukbilimcilerin hukuk normları hakkındaki önermeleri arasında yaptığı ayrımı ile ilgili eleştirel bir tutumu yoktur³⁷. Buradaki amacım, Kelsen'in en gizemli manevralarından birini neyin motive ettiğini anlamaya çalışmaktı: Temel norma ilişkin fikir değişimi nasıl açıklanabilir? Kelsen, temel normu kurgu olarak düşünmeye başlamadan önce bile, bir norm ile insan iradesi arasında nasıl bir bağlantı olduğunu anlamaya çalışmıştır. Temel normdaki bu zorluğu çözmeye yönelik nihai girişimindeki mantıksal akıl yürütme, hukuk sistemlerinin geçerli ancak çatışan normları aynı anda barındırabileceği sonucuna götüren mantıksal akıl yürütmeden daha az tuhaf değildir. Kelsen, yürüttüğü mantık ile şöyle bir sonuca ulaşmış gibi görünmektedir: Nasıl ki pozitif hukuk düzeninde her normun bir yazarı olması gerekiyorsa, hayali temel normun da hayali bir yazarının olması gerekir (mantıksal kısıtlamaların, gerçek dünyada olduğu gibi, hayal gücü için de geçerli kabul edilerek hayal edilen bir yazar). Kelsen'in, hayal edilen bir normun, gerçek ve yürürlüğe konmuş bir normun şekli niteliklerini paylaşması gerektiği sonucuna neden vardığı hâlâ bir sırdır. Daha önce uyardığım üzere bu kafa karışıklığı tamamen ortadan kalkmayacaktır. Zaten hukuk felsefecilerinin bu en özgün ve karmaşık (ve bazen de sinir bozucu) olanında kafa karışıklığının görülmediği nadirdir.

³⁷ Bkz. Kelsen, **Kelsen**, Hans: Law and State, s. 46. Bkz. **Hart**, H. L. A.: Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford, 1983, s. 286, 287-95.

KAYNAKÇA

- Adomeit**, Klaus: "Hans Kelsen" *Rechtstheorie*, 4, 1973, pp. 129-130.
- Alexy**, Robert: *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 2002.
- Beyeleveld**, Deryck: "From the 'Middle Way' to Normative Irrationalism: Hans Kelsen's General Theory of Norms", *M.L.R.*, 56, 1993, pp. 104-120.
- Bix**, Brian H.: *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford, 2004.
- Buckland**, W. W.: *Some Reflections on Jurisprudence*, Cambridge, 1945.
- Finnis**, John: "The Priority of Persons", ed., J. Horder, in, *Oxford Essays in Jurisprudence. Fourth Series*, Oxford, 2000, pp. 1-15.
- Gardner**, John: "Law as a Leap of Faith", in *Faith in Law: Essays in Legal Theory*, ed. P. Oliver et al., Oxford, 2000, ss. 17-38.
- Green**, Michael Steven: "Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems", *Alabama L. Rev.*, 54, 2003, pp. 365-413.
- Hart**, H. L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983.
- Kelsen**, Hans/**Klug**, Ulrich: *Rechtsnormen und Logische Analyse. Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Vienna, 1981.
- Kelsen**, Hans: "Diskussionsbeitrag", in F. M. Schmölz, ed., *Das Naturrecht in der Politischen Theorie*, Vienna, 1963.
- Kelsen**, Hans: "Eine Phänomenologische Rechtstheorie", *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 15, 1965, pp. 353-363.
- Kelsen**, Hans: "On the Pure Theory of Law", *Israel L. Rev.*, 1, 1966, pp. 1-7.
- Kelsen**, Hans: "Professor Stone and the Pure Theory of Law", *Stanford L. Rev.*, 17., 1965, pp. 1128-1157.
- Kelsen**, Hans: "The Function of a Constitution (1964)", (trans. I. Stewart), in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, pp. 109-119.
- Kelsen**, Hans: "Zur Theorie der Juristischen Fiktionen", *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, pp. 630-658.
- Kelsen**, Hans: *Essays in Legal and Moral Philosophy*, ed. O. Weinberger, Dordrecht, 1973.
- Kelsen**, Hans: *General Theory of Law and State*, (trans. A. Wedberg), New York, 1945.

- Kelsen**, Hans: *General Theory of Norms*, (trans. M. Hartney), Oxford, 1991.
- Kelsen**, Hans: *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (trans. B. L. & S. L. Paulson), Oxford, 1992.
- Kelsen**, Hans: *Pure Theory of Law*, 2nd ed., (trans. M. Knight), Berkeley, 1967.
- Merkel**, Adolf Julius: "Prolegomena einer Theorie des Rechtlichen Stufenbaues", in A. Verdross, ed., *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Vienna, 1931, pp. 252-294.
- Paulson**, Stanley L.: "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization", *O.J.L.S.*, 18, 1998, pp. 153-166.
- Paulson**, Stanley L.: "Introduction", in S. L. & B. L. Paulson, eds., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, 1998, pp. xxiii-liii.
- Paulson**, Stanley L.: "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *O.J.L.S.*, 12, 1992, pp. 265-274.
- Raz**, Joseph: "Critical Study: Kelsen's General Theory of Norms", *Philosophia*, 6, 1976, pp. 495-504.
- Stewart**, Iain: "Kelsen and the Exegetical Tradition", in R. Tur & W. Twining, eds., *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, pp. 123-146.
- Stewart**, Iain: "The Basic Norm as Fiction", *Juridical Rev. (N.S.)*, 25, 1980, pp. 199-224.
- Troper**, Michel: "La Pyramide est Toujours Debout!", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 94, 1978, pp. 1523-1536.
- Vaihinger**, Hans: *The Philosophy of "As If"*, 2nd English ed., (trans. C. K. Ogden), London, 1935.
- Walter**, Robert: "Der Gegenwärtige Stand der Reinen Rechtslehre", *Rechtstheorie*, 1, 1970, pp. 69-95.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah. (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayiter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2) (İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşurma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER

-
- | | | |
|------|--|----------------------------|
| 20- | Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 21- | Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991) | Doç.Dr. Melda SUR |
| 22- | Öldürme Suçu (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ |
| 23- | İşkence Suçu (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ |
| 24- | Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992) | Arş.Gör. Meltem KUTLU |
| 25- | Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Nevzat KOÇ |
| 26- | Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992) | Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM |
| 27- | Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 28- | Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANKARA-1992) | Arş.Gör. Ziya AKINCI |
| 29- | Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 30- | Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ |
| 31- | A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 32- | Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 33- | Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993)
Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN | |
| 34- | Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993) | Prof.Dr. Adil İZVEREN |
| 35- | Ticarî İşletme Hukuku (ANKARA-1993) | Yard.Doç. Ercüment ERDEM |
| 36- | Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993) | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 37- | D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANKARA-1993) | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 38- | Millet Meclisi İç Tüzüğü | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 39- | Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993) | Prof.Dr. Kudret AYİTER |
| 40- | Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANKARA-1993) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |
| 41- | Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANKARA 1993) | Prof.Dr. Seyfullah EDİS |
| 42- | İthalâtta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK.ARA 1994) | Doç.Dr. Huriye KUBİLAY |
| 43- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 44 - | Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANKARA-1994) | Yard.Doç. Ziya AKINCI |
| 45- | Hukuk Felsefesi (2.Basım)- (ANKARA -1994) | Prof.Dr. Adil İZVEREN |
| 46- | Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANKARA-1994) | Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK |

-
- | | |
|--|--|
| 47- Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ |
| 48- Genel İktisat (ANKARA-1994) | Prof.Dr. Sadık ACAR |
| 49- Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANKARA-1994) | Dr. Ahmet GÖKÇEN |
| 50- Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım) (ANKARA 1995) | Prof.Dr. Ergun AYBARS |
| 51- Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994) | Doç.Dr. Huriye KUBİLAY |
| 52- İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |
| 53- Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994) | Prof.Dr. M. Polat SOYER |
| 54- Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANKARA-1995) | Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM |
| 55- Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 56- Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995 | Prof.Dr. Ş.ERTAŞ-
Prof.Dr. A.N.İNAN |
| 57- Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 58- Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1995) | Doç.Dr. Zafer GÖREN |
| 59- Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR-1995) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES |
| 60- Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR-1995) | Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU |
| 61- Sosyal Maliye (İZMİR-1995) | Dr.Yusuf KARAKOÇ |
| 62- Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR-1995) | Dr. Meral SUNGURTEKİN |
| 63- Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR-1995) | Prof.Dr. Adil İZVEREN |
| 64- İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR-1995) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |
| 65- Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür. (İZMİR-1995) | Dr. Esra ATALAY |
| 66- İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR-1995) | Doç.Dr. Melda SUR |
| 67- Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR-1996) | Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY |
| 68- Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996) | Dr. Hanife DİRİKKAN |
| 69- Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR-1996) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 70- Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR-1996) | Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ |
| 71- Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR-1996) | Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ |
| 72 - İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-1996) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN |

- | | | |
|-----|--|--|
| 73- | Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR-1996) | Doç.Dr. Ziya AKINCI |
| 74- | Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR-1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 75- | İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR-1997) | Dr. Meltem KUTLU |
| 76- | Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR-1997) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 77- | Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR-1997) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 78- | Çevre Hukuku (İZMİR-1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 79- | Hukuk Başlangıcı (ANKARA-1997) | Prof.Dr. Bilge UMAR |
| 80- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım) (İZMİR 1997) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 81- | Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997) | |
| 82- | Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas. (İZMİR-1997) | Doç.Dr. H.PEKCANITEZ
Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES |
| 83- | Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 84- | Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR-1998) | Arş.Gör. M. Beşir ACABEY |
| 86- | Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 87- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım) (İZMİR 1998) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 88- | Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 89- | Genel İktisat (3.Basım)-(İZMİR-1998) | Prof.Dr. Sadık ACAR |
| 90- | İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU
Dr. Oğuz SANCAKDAR
Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ |
| 91- | İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU |
| 92- | 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998) | Arş.Gör. Murat AYDOĞDU |
| 93- | Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998) | Doç. Dr. Huriye KUBİLAY |
| 94- | İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999) | Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK |
| 95- | 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) | Prof. Dr. Zafer GÖREN |

- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR-2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/
Arş. Gör. Murat AYDOĞ
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR-2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tefik BİRSEL'e Armağan (İZMİR-2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR-2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 1, 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 2, 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Arş.Gör. Murat ÖNOK
Arş.Gör. Behiye EKER
Arş.Gör. Sesim SOYER
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 1, 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 2, 2003) İzmir
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S., 2005) İzmir
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir

-
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Özel S., 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel S., 2009)
(Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel S., 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel S., 2013)
(Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014)
(Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve
Özel Hukuk Anabilim Dalları Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017)
(Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

-
- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel S., 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir
- 153- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 1, 2019) İzmir
- 154- Prof.Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi
(Cilt 21, Özel S., 2019) İzmir
- 155- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 2, 2019) İzmir
- 156- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 1, 2020) İzmir
- 157- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 2, 2020) İzmir