



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • Yıl 6 • Sayı 2021/2

ISSN: 2149-5831



YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2021/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Belkis VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Yavuz Selim DEĞERLİ

Yabancı Dil Editörleri

Öğr. Gör. Dr. Ebru DEMİR (*İngilizce Dil Editörü*)

Öğr. Gör. Dr. Tuğrul ÇAKIR (*Fransızca Dil Editörü*)

Arş. Gör. Köroğlu KAYA (*Almanca Dil Editörü*)

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Murat EKİNCİ - Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ

Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN - Arş. Gör. Dilara KARLI

Arş. Gör. Duygu Özge OĞUZ - Arş. Gör. Hilal Büşra OSMANLI

Arş. Gör. Hatice ATALAY

Mizanpaj Editörü

M. Yusuf KARATOSUN

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektedir.

Basım Tarihi / Date of Publication: Temmuz 2021 / July 2021

Yayın Türü / Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın / International Periodical Publication

Yönetim Yeri Adresi / Place of Management: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik / ANKARA

Tel. / Phone: (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

Elektronik Ağ / Website: www.ybhukukdergisi.com • **E-posta / E-mail:** ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

Basım Yeri / Printinghouse: Tam Pozitif Reklamcılık ve Matbaacılık Ltd. Şti., Çamlıca Mah. 145. Sk.

No:10/11, 06200 Yenimahalle/ANKARA, www.pozitifmatbaa.com

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat ATALI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ	Brüksel Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliği
Doç. Dr. Ahmet KILINÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat ATALI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat DOĞAN	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ	Carballo-Calero Univeristy of Vigo Faculty of Law

EDİTÖRLER KURULUNDAN

Kıymetli Okuyucular,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 12. sayısını (2021/2), sizlerle buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Tr Dizin, EBSCO, Heinonline ve Asos indekslerinde taranan Dergimiz, sizlerin de katkısı ile yayına çıktığı ilk günden bugüne kadar istikrarlı bir şekilde yayın hayatına devam etmektedir.

On yıl süreyle Fakültemizin dekanlığını yürüten ve bu süreçte Fakültemiz adına Dergimizin sahipliği sorumluluğunu üstlenen, katkılarını ve kıymetli desteklerini bir an olsun esirgemeyen Kurucu Dekanımız Sayın Prof. Dr. M. Fatih UŞAN Hocamıza sonsuz teşekkürlerimizi sunarız. Yeni Dekanımız Sayın Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK Hocamıza da yeni görevinde başarılar diler, yeni görevinin hayırlara vesile olmasını temenni ederiz.

Bu sayımızda, hukukun farklı konularına ilişkin olarak hazırlanmış birbirinden değerli dokuzu kamu hukuku alanına, altısı özel hukuk alanına ilişkin toplam onbeş makale ve bir karar incelemesi yer almaktadır. Dergimize değerli çalışmalarını gönderen tüm yazarlarımıza ve Dergimizde yer alan çalışmalara hiçbir karşılık beklemezsiniz yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize şükranlarımızı sunarız.

Son olarak, Dergimizin yayına hazırlanmasında emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür eder ve Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını dileriz.

YBHD Editörler Kurulu

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)
Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS*

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Adil Yargılanma İlkeleri Açısından Türk Ceza Yargılamasında Gizli Tanıklık Kurumu

Fair Trial Principles and Anonymous Witness in Turkish Criminal Procedure

Doç. Dr. Devrim AYDIN 1

Mağdurun Ceza Muhakemesindeki Konumu Açısından Türk Ceza Hukuku İle İslâm Ceza Hukukunun Karşılaştırılması

Comparing Victims' Position in Turkish Criminal Law and Islamic Criminal Law

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA 39

Atılma Hatası'nın (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsal Ve Hukuki Anlamı

The Conceptual and Legal Meaning of Mistake of Subsumption (Der Subsumtionsirrtum)

Öğr. Gör. Dr. İsmail ÇINAR 79

* Makaleler yazarların unvanına göre, aynı unvandaki yazarların makaleleri ise soyadlarına göre sıralanmıştır.

Kanunilik İlkesinin Memur Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği <i>Applicability of the Legality Principle in Civil Servant Disciplinary Law</i>	
Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK	129
Sağlık Kamu Hizmetinin Dayanağı Olan Ve Sağlık Hakkını Güvence Altına Alan Düzenlemeler İle İlkeler <i>Regulations and Principles which are the basis of the Health Public Service and Protecting the Right to Health</i>	
Arş. Gör. Simge BAYRAM DEMİR	175
Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Erme Yolu Olarak Tedbir <i>Tadbir as a way of Emancipation of Slaves in the Classical Period Ottoman Law</i>	
Arş. Gör. Yasemin KURTOĞLU	241
Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu Özelinde Hukuk Mahkemesi Kararlarının Ceza Mahkemesi Kararlarına Etkisi <i>The Effect of Civil Court Decisions on Criminal Court Decisions on the Offence of using a Bond without Value</i>	
Arş. Gör. Burak TAŞ	277
Gönderen Devlet Konumunda Osmanlı'da Diplomatik Temsil <i>Diplomatic Representation in the Ottoman Empire as the Sending State</i>	
Arş. Gör. Nihal TOKER	311

İnsan Haklarında Semantik Bozum: “İşkence”den “Kötü Muamele”ye
Semantic Departure in Human Rights: A Shift From “Torture” to “Ill-Treatment”
Hüseyin MECEK 345

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Türk Vatandaşı Çocukların Yabancı Ebeveynlerinin Aile Hayatına Saygı Hakkı
Kapsamında Türkiye’de İkameti
*The Residence of Foreign Parents of Turkish Citizenship Holder Children in the
Terms of the Right to Respect to Family Life*
Doç. Dr. Musa AYGÜL
Arş. Gör. Ranegül CAMIZ 373

Güncel Gelişmeler Işığında Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma
*Benefiting from a Collective Labor Agreement in the Light of Recent
Developments*
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI
Arş. Gör. Sevde BULUN TOKKAŞ 427

Milletlerarası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi’nin
13/1-B Maddesi Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Çocuğun Mutad
Meskenine İadesine Etkisi
*The Effect of Covid-19 Pandemic on the Return of the Child in the Context of
Article 13/1-B of the Hague Convention on the Civil Aspects of International
Child Abduction*
Dr. Öğr. Üyesi Lâle AYHAN İZMİRLİ 469

Çocuğun Kişisel Verilerinin Velisi Tarafından Sosyal Medyada Kullanılmasının
Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

*Evaluating Parents' Use of Children's Personal Data on Social Media in terms
of Personality Rights*

Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERTUĞRUL 513

TTK m. 1530/1 Bağlamında Ticari Hükümlerle Yasaklanmış İşlemler

*Transactions Prohibited by Commercial Provisions in the Context of TCC Art.
1530/1*

Arş. Gör. Dr. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU 565

Elektrik Dağıtım Faaliyeti ile Diğer Elektrik Piyasası Faaliyetleri Arasında
Yönetim Ayrıştırmasının Uygulanabilirliği

*Applicability of Management Unbundling between Electricity Distribution
Activity and other Electricity Market Activities*

Bahar ÜSTÜNDAĞ 611

KARAR İNCELEMESİ / CASE REVIEW

Sakat Protestonun Geçerliliği Sorunu

The Validity Issue of the Faulty Protest

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK 649

**KAMU
HUKUKU**

ADİL YARGILANMA İLKELERİ AÇISINDAN TÜRK CEZA YARGILAMASINDA GİZLİ TANIKLIK KURUMU*

Doç. Dr. Devrim AYDIN**

ÖZET

Ceza yargılamasında tanık beyanının güvenilirliğinin sınanabilmesi için tanığın açık bir duruşmada dinlenmesi, sanıkla yüzleştirilebilmesi, beyanının doğruluğunun sınanabilmesi için savunma makamına tanığa soru sorma imkânının verilmesi gerekir. Ancak can güvenliğinin sağlanabilmesi için zorunlu olan hallerde tanığın duruşma salonu dışında ya da kimliğinin gizlenerek dinlenmesi, tanığa soru sorulmasının kısıtlanması gibi ceza muhakemesi tedbirlerinin yanı sıra tanığın korunması amacıyla fiziksel özelliklerinin ve kimlik bilgilerinin değiştirilmesi şeklinde kolluk tedbirlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Genel olarak gizli tanıklık olarak nitelenen bu kurum, Türk hukukunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 58’de ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu hükümlerin uygulanması halinde, tanığın beyanının duruşmada taraflarca tartışılması ve tanığa soru sorulması sınırlanmaktadır. Gizli tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulanması halinde, adil yargılamanın gereklerinden biri olan tanığa soru sorma imkânı kısıtlanmaktadır. Gizli tanığın korunmasına dair kolluk tedbirlerinin düzenlendiği Tanık Koruma Kanunu’nda bu tanığın duruşmada dinlenme usulüne ve beyanının delil olma değerine ilişkin hüküm de yer almaktadır. Bu çalışmada Türk ceza yargılamasında gizli tanıklık kurumuna ilişkin söz konusu düzenlemeler duruşmaların açıklığı, delillerin doğrudan doğrualığı ve delillerin müşterekliği ilkeleri açısından değerlendirilerek iki ayrı Kanun’daki düzenlemelerin birbirleriyle ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumlu olup olmadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Delil, Tanık, Gizli Tanık, Ceza Yargılaması, Adil Yargılanma.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.915991 – Geliş Tarihi: 14.04.2021 – Kabul Tarihi: 08.07.2021.

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, daydin@politics.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7878-8836.

FAIR TRIAL PRINCIPLES AND ANONYMOUS WITNESS IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

Essentially, the witness must be heard in an open hearing and confronted with the defendant. However, in cases where it is very necessary to ensure the safety of the witness, it may be possible to listen to the witness outside the courtroom and to hide the identity of the witness. In addition to these measures, it is possible to change the physical characteristics and identity information in order to restrict the questioning of the witness and to protect the anonymous witness. In these cases, it is aimed to ensure the safety of the witness without violating the guarantees regarding a fair trial. In Turkish Criminal Law, the hearing process and protection of anonymous witness is regulated in the Criminal Procedure Code (art. 58) and the Witness Protection Code. In case of anonymous testimony, since the discussion of the statement of the witness at the hearing is limited, there may be practices contrary to a fair trial and adversarial principle. In this study, the regulations regarding the anonymous testimony will be discussed in terms of the principles of the openness of the hearings, directness and the commonality of the evidence and the judgments of the European Court of Human Rights.

Keywords: Evidence, Witness, Anonymous Witness, Criminal Procedure, Fair Trial.

I. GENEL OLARAK DELİLLERİN ÖZELLİKLERİ

Ceza yargılaması sürecinde iddia konusu olayların yargılama makamlarının zihninde canlandırılması, ancak bunlara ilişkin delillerin ortaya konulmasıyla olanaklıdır. Deliller, geçmişte olup olmadığı şüpheli olan olaylar konusunda muhakeme makamlarının bir kanaate ulaşmasını sağlayan ispat araçlarıdır.¹ Delillerin geçmişte kalmış bir olayı temsil edebilmeleri için bazı özellikler taşımaları gerekir. Öncelikle delillerin dava konusu olayla ilgili ve olayı temsil edici olmaları gerekir. Delilin olayla ilgili olması demek, davanın konusunu oluşturan olayın tamamı ya da bir kısmı hakkında fikir verebilmesidir.

Adil yargılanma açısından delillerin temel özelliği, bunların hukuka uygun biçimde elde edilmiş olmasıdır. Delillerin hukuka uygun olmasının temel koşulu, delillerin kanunlarda öngörülen usulle elde edilmiş olmasına bağlıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre, ceza davalarında delil serbestliğinin ve ulusal makamların delilleri takdir yetkisinin sınırını, sanığın adil yargılanma hakkı oluşturmaktadır.² Buna göre Sözleşme'deki hakların ihlali yoluyla elde edilen deliller hukuka aykırı olduklarından ispat aracı olarak kullanılmazlar ve delillerin tartışılmasında silahların eşitliği ilkesine aykırı biçimde sınırlamaya gidilemez.

Delillerin hükme esas alınabilmesi için açık bir duruşmada tarafların önünde tartışılması da gerekmektedir. Delillerin müşterek olması ya da delillerin müşterekliği ilkesi olarak nitelenen bu kurala göre delillerin duruşmada ortaya konulup bütün muhakeme süjeleri tarafından tartışılması gerekir.³ Bu ilkenin hayata geçirilmesi silahların eşitliği ve çelişme ilkesinin de gerçekleşmesini sağlamaya yöneliktir.⁴ Bu nedenle yargılamanın ve hükmün

¹ Bkz. **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 604.

² **Pélissier ve Sassi/Fransa**, AİHM, Başvuru No: 25444/94, K.T. 25.03.1999.

³ Bkz. **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2006) "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 7, s. 145-146.

⁴ Bkz. **Taner, Fahri Gökçen** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 69 vd.

kolektifliği, delillerin duruşmaya getirilerek hâkimin huzurunda tartışılmış olmasına bağlıdır. Delillerin duruşmada tartışılmış olmasının bir diğer koşulu da delillerin taraflardan gizlenmemesidir.⁵ Delillerin taraflardan gizlendiği hallerde delillerin tartışılmasından da söz edilemez. Zorunluluk nedeniyle kimi delillerin gizli kalmasına karar verilmiş ve savunma makamının bunları incelemesi engellenmişe bu deliller sanığın mahkûmiyetinde kullanılmamalıdır.⁶

Tanık beyanı, en eski ve en önemli deliller arasındadır. Tanığın tanıklık yapmasının, bildiklerini dosdoğru söylemesinin ve baskı görmemesinin sağlanması için gerekli kanuni düzenlemeler de yapılmış olmalıdır. Bu düzenlemeler öncelikle tanığın duruşmada açıklamada bulunmasını sağlamaya yönelik ceza muhakemesi tedbirleridir. Öte yandan tanığın tanıklık yaptıktan sonra güvenliğinin sağlanmasına yönelik kolluk tedbirleri de alınabilir. Ceza yargılaması açısından tanığın açık bir duruşmada dinlenmesi, sanıkla yüzleştirilmesi ve tarafların sanığa soru sorabilmesine yönelik düzenlemeler, tanığın beyanının güvenilirliğinin sağlanmasına yönelik ceza muhakemesi tedbirleridir. Tanıklık yapması nedeniyle tanığın duruşma salonunda baskı görmemesi ve gerektiğinde duruşma salonu dışında güvenliğinin sağlanması için tedbirler alınarak tanığın herhangi bir tereddüt yaşamadan tanıklık yapması sağlanmaktadır. Özellikle örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda tanığın baskı görmemesi ve can güvenliği endişesi yaşamaması için tanığın duruşma salonu dışında dinlenmesi, tanığın kimliğinin gizlenerek dinlenmesi, tanığa soru sorulmasının kısıtlanması ve kimliği gizlenen tanığın korunması amacıyla tedbirler alınması 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 58’de yer almaktadır. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu ise esasen tanığın korunmasına yönelik kolluk tedbirlerinin düzenlendiği kanundur. Ancak bu Kanun’da tanığın duruşmada dinlenme usulüne ve kimliği gizlenen tanığın beyanının delil olma değerine dair düzenlemeye de yer verilmiştir. Her iki Kanun’daki

⁵ Bkz. **Sarıbeyoğlu, Meltem/Karakaya, Naim** (2007) “İletişimin Denetlenmesine İlişkin “İngiltere’ye Karşı P.G. ve J.H. Kararı” ve Türk Hukuku Yönünden Değerlendirme”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S: 10, s. 230-231.

⁶ Bkz. **Dratel, L. Joshua** (2007) “Sword or Shield? The Government’s Selective Use of its Declassification Authority for Tactical Advantage in Criminal Prosecutions”, *Cardozo Public Law Policy & Ethics Journal*, Vol: 5, p. 183-184.

hükümlerle tanığın çekinmeden tanıklık yapmasının sağlanması ve bu nedenle karşılaşabileceği tehlikelere karşı korunması amaçlanmaktadır. Ancak her iki Kanun'daki düzenlemeler sanığın tanığın beyanının güvenilirliğini sına ma imkânını kısıtladığından duruşmanın açıklığı, delillerin doğrudan doğr uyalığı ve delillerin müş terekliği ilkelerine aykırı olup olmadığı tartışma konusudur.

II. TANIĞIN AÇIKLAMALARININ TARTIŞILMASI VE DOĞRUDAN SORU SORMA

Tanık, olayın tarafı olmayan ancak olaya ilişkin bilgisi olduğu düşünölen kişidir. Türk hukukunda tanığın tanımı yapılmamıştır. Ceza muhakemesinde tanık, kendisine karşı yürütölmeyen ceza yargılamasında olayla ilgili algıladıkları hakkında bilgi veren kişi olarak tanımlanmaktadır.⁷ Duruşmanın doğrudan doğr uyalığı ve sözlölüğü ilkeleri gereğince tanıkların duruşmada dinlenmesi gerekmektedir.⁸ Tanığın anlattıklarının delil olabilmesi için tanık beyanının ispat konusunda karar verecek olan mahkeme ya da naip hakim veya istinabe olunan mahkeme önünde yapılmış olması, tanığın doğru bilgi vermesi gerekir. Yargılama konusu olayla ilgisi olmayan, ispat açısından hukuki değeri olmayan delillerle ilgilenilmemelidir. Bu nedenle tanığın beyanının iddia konusu olayla sınırlı olması, yargılama konusu olay dışında kalan şahsi değ erlendirmeler ve yorumlar yapmaması gerekir.⁹

CMK m. 43'e göre çağrılması üzerine duruşmaya gelen ya da çağrıya uymadığı için CMK m. 44'e göre zorla getirilmiş olan tanıkların dinlenme usulü CMK m. 52 ve 53'te gösterilmiştir. "Tanığa görevinin önemini anlatma" başlıklı CMK m. 53/f.1'de göre tanığa; a) dinlenmeden önce gerçeği söylemesinin

⁷ **Turhan, Faruk** (2020) "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değ erlendirmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, C: 24, S: 4, s. 366.

⁸ Bkz. **Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar Kırt, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erden Tütüncü, Esra** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 319.; **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 631.

⁹ **Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 531-532.

önemi, b) gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, c) doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, d) duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği anlatılır. Bu hükmün amacı tanığın gerçeği söylemesini sağlamak, buna uymaması halinde sorumluluğunu anlatmaktır. Tanıkların doğruyu söylemelerini sağlamak amacıyla, yemin etme yükümlülüğü de getirilmiştir.¹⁰

Tanığın beyanı en eski ve en sık başvurulmuş delillerden biri olmasına rağmen güvenilirliği en tartışılan delil çeşididir.¹¹ Bunun temel nedeni tanığın olaya ilişkin bilgileri zaman içinde unutulabileceği, tanığın etkilenebileceği ve yönlendirilebileceği gerçeğidir.¹² İddia ve savunmanın çelişmeli olabilmesi için delillerin duruşmada ortaya konulması ve tartışılması gerekmektedir.¹³ “Delillerin tartışılması” başlıklı CMK m. 216’da, duruşmada ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada katılana veya vekiline, cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafine veya kanunî temsilcisine söz verilmesi düzenlenmiştir. Bununla amaçlanan, tarafların delillerin içeriğini tartışmasını sağlayarak delillerin müşterekliğini hayata geçirmektir.

Tanık beyanının doğruluğunun tartışılarak denetlenebilmesi için en önemli araç, CMK m. 201’de düzenlenmiş olan doğrudan soru sormadır.¹⁴ Buna göre Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat, sanık, katılan ve toplu mahkemelerde heyeti oluşturan hâkimler

¹⁰ Bkz. **Güngör, Devrim** (2015) “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 2, s. 309.; **Turhan**, Tanıklara Yemin Verilmesi, s. 360 vd.

¹¹ **Öztürk/ Tezcan/ Erdem ve diğerleri**, s. 321.; **Turhan**, Tanıklara Yemin Verilmesi, s. 360.

¹² Bkz. **Güngör**, s. 309 vd.

¹³ Bkz. **Ambos, Kai** (2004) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6”, (Çev. Y. Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 37 vd.; **Renzikowski, Joachim** (2004) “Adil Yargılanma ve Anonim Tanık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi”, (Çev. A. K. Yıldız), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 274.

¹⁴ Bkz. **Karakehya, Hakan** (2013) “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, s. 728-729; **Güngör**, s. 314.

tanıklara soru yöneltebileceklerdir. Böylece tanığın gerçeği söyleyip söylemediği ve beyanının hükme esas alınıp alınamayacağı anlaşılacaktır. Tanıklara soru sorulabilmesi ve yüzleştirme, çelişme ve silahların eşitliği ilkesinin güvenceye alınmasına ve adil bir yargılamanın sağlanmasına yönelik araçlardır.¹⁵ Yargıtay da “Eğer bir mahkûmiyet sadece veya belirli ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın haklarını yasalar ile güvence altına alınan haklarını önemli ölçüde kısıtlanmış olur.” şeklindeki kararıyla ceza yargılamasında tanığa soru sorulabilmesinin önemini vurgulamıştır.¹⁶

III. TANIĞIN KİMLİĞİNİN GİZLENEREK DİNLENMESİ (CMK m.58)

Tanıkların tanıklık yapmamaları yönünde kimi zaman baskı gördükleri, bundan endişe ederek tanıklık yapmak istemedikleri bir gerçektir. Özellikle örgütlü suçlara ilişkin olaylara tanık olanlar, tanıklık konusu bilgileri açıklamaları halinde örgütün baskısıyla karşılaşabilirler.¹⁷ Suç örgütleri, tanığı hedef alabilecekleri gibi tanığın yakınlarını da hedef alabilirler. Bu nedenle özellikle örgütlü suçlar başta olmak üzere, belli ağırlıktaki suçlarla ilgili tanıklık yapmak yükümlülüğü olan kişilerin güvenliklerini sağlamaya yönelik tedbirler devlet tarafından alınmalıdır.¹⁸

Türk hukukunda tanığın endişe duymadan tanıklık yapabilmesi ve

¹⁵ **Ambos**, s. 37-38; **Renzikowski**, s. 276. Hakkaniyete uygun bir yargılamanın temel unsurlarından biri olarak yargılamanın "çelişmeli" olmasını işaret eden AİHM kararı için bkz. **Rowe ve Davis/ Birleşik Krallık davası**, Başvuru No: 28901/95, K.T. 16.2.2000, Par. 60.

¹⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E: 2016/7026, K: 2017/3341, T: 21.3.2017, Kazancı İçtihat Programı.

¹⁷ Bkz. **Turhan, Faruk** (2009) Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 28 vd.

¹⁸ **Şahin, Cumhuriyet/ Göktürk, Neslihan** (2021) Ceza Muhakemesi Hukuku, C. 2, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 57; **Arslan, Mehmet** (2019) “Sanığın İddia Tanığını Sınama Hakkı- Özellikle Tehlike Altındaki Gizli Tanık Meselesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s. 848; **Turhan**, Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, s. 32 vd.

gerektiğinde tanıklık yaptıktan sonra kimliğinin gizlenmesine yönelik tedbirler esasen CMK m. 58 ve TTK m. 5'te yer almaktadır. Bu iki kanunun yanı sıra Terörle Mücadele Kanunu ile Kaçakçılık Kanunu'nda da muhbirlerin ve tanıkların korunmasına ilişkin hükümler vardır.¹⁹ Öte yandan CMK'da, tanıkların nasıl korunacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. CMK m. 58/4'te “*Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir.*” şeklindeki hükümlerle, bu konunun ayrı bir kanunla düzenleneceğine işaret edilmiştir. Bu konuyu düzenleyen 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu, 27.12.2007 tarihinde kabul edilerek 5.1.2008 tarih ve 26747 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Tanık Koruma Kanunu, tanığın kimliğinin gizli tutulması ve güvenliğinin sağlanması amacıyla tasarlanmış olmasına karşın, CMK m. 58'deki tedbirlerin yanı sıra başka tedbirler ve dinleme usullerine de yer verecek biçimde kanunlaşmıştır.²⁰

“Tanığa ilk önce sorulacak hususlar ve tanığın korunması” başlıklı CMK m. 58/1'e göre; tanığın kimlik, iletişim ve adres bilgileri saptanarak, gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak sorular yöneltilir. CMK m. 58/2'de ise tanığın kimliğinin ortaya çıkmasının kendisi veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturabileceği hallerde, kimliğinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağı hususu

¹⁹ Terörle Mücadele Kanunu'nun “Koruma tedbirleri” başlıklı 20. maddesinde “... suçların aydınlatılmasında yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirleri Devlet tarafından alınır.” şeklindedir. Ancak hükümde geçen “suçların aydınlatılmasında yardımcı olanlar” ifadesi tanıktan daha geniş anlamdadır. TMK m.20/3'te “*Bu koruma tedbirleri; talep halinde estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi dahil, nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapılır.*” denilerek bu kişileri korumaya yönelik alınabilecek önlemler düzenlenmiştir. Benzeri bir hüküm de 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu m. 19/4'te yer almaktadır. Buna göre, “*Kanunun 3 üncü maddesi kapsamındaki suçları ihbar edenler ile 23 üncü maddesi gereğince ikramiye ödenmesi öngörülen muhbirlerin kimliği izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça hiçbir şekilde açıklanamaz. Bu kişiler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümler uygulanır.*”

²⁰ **Dönmez, Burcu** (2016) “AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:127, s. 125-126.

düzenlenmiştir. Ancak kimliği saklı tutulan tanığın, tanıklık ettiği olayları ne suretle öğrenmiş olduğunu açıklamak yükümlülüğü devam etmektedir.²¹

CMK m. 58/2’de “*Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.*” şeklindeki düzenlemeyle öncelikle tanığın kimliğinin gizli tutulması kabul edilmiştir.²²

CMK m. 58/3’teki “*Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.*” şeklindeki düzenlemeyle tanığın, duruşmada hazır bulunma hakkı olanların yer alamayacağı oturumda dinlenmesine olanak sağlanmaktadır.²³ Tanığın duruşmada hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi halinde tanık için oluşabilecek ağır tehlikenin gösterilmesi ve bu tehlikenin başka türlü önlenemeyeceğinin, maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından bu usule başvurulmasının zorunlu olduğunun gerekçelendirilmesi gerekir.²⁴ Tanıkların kimliklerinin açıklanmasını istememelerinin nedeni genelde sanıkların

²¹ Bkz. **Öztürk/ Tezcan/ Erdem ve diğerleri**, s. 323.

²² 5271 sayılı CMK’ dan önce gizli tanıklık kurumuna ilişkin sınırlı düzenlemelerin olduğu 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nda (m. 7) tanığın konutu, ikametgâhı ve işyeri adresinin gizli tutulabilmesi kabul edilmişken CMK m.58/2’de bu yönde bir düzenleme yer verilmemiştir. Kanundaki bu eksiklik Tanık Koruma Kanunu’ndaki düzenlemelerle giderilmiştir. Bkz. **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 56-57.

²³ Benzer bir düzenleme, devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklığı düzenleyen CMK m. 47’de yer almaktadır. CMK m. 47/2’ye göre, “*Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâtabi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir.*”

²⁴ **Yenisey/ Nuhoglu**, s. 536.

kendilerinden intikam alabileceği korkusudur. Ancak tehlikenin varlığı ve niteliği tanığın sübjektif algılamasına göre değil, tanığı dinlemeye yetkili makam tarafından somut verilere dayandırılarak ortaya konulmalıdır.²⁵ Duruşmada Cumhuriyet savcısının bulunması yasal bir zorunluluk olduğuna göre, duruşmada hazır bulunma hakkı olanlar katılan ve vekili ile şüpheli, sanık ve müdafii olduğuna göre bu durumda esasen taraflara kapalı duruşma söz konusudur. Bu suretle dinlenen sanığın ses ve görüntüsü, duruşmada bulunmayan kişilere aktarılacak ve tanığa soru sorma imkânı tanınacaktır.

Görüldüğü üzere CMK m. 58'e göre, 1-tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması, 2-tanığın duruşmada hazır bulunma hakkı olanlar bulunmadan dinlenmesi, 3- tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi şeklinde aşamalı bir önlem söz konusudur.²⁶ Ancak bu tedbirlere başvurulması durumunda tanık beyanının güvenilirliğinin daha zayıf ve tartışmalı hale geleceği de açıktır. Bu nedenle öncelikle belli ağırlıktaki suçların varlığı halinde ve olaya ilişkin başka deliller yoksa tanığın dinlenme usulünde özel tedbirler alınmalıdır. Öte yandan tanığın, tanıklık yapması halinde kendisinin ya da yakınlarının hayatının ya da özgürlüğünün ciddi biçimde tehdit altında olması gerekmektedir. Ancak bu şartların birlikte olması durumunda tanığın kapalı bir duruşmada dinlenmesi, kendisine soru sorulmasının sınırlanması, kimliğinin açıklanmaması gibi tedbirler haklı ve yerinde görülebilir.²⁷

CMK m. 58/4'te tanıklık görevinin yapılmasından sonra, tanığın kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemlerin kanunda düzenleneceği belirtilmiştir. Bu önlemlerin yer aldığı Tanık Koruma Kanunu'yla CMK m. 58'deki düzenlemelere başka usuller de

²⁵ **Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık**, AİHM Büyük Daire, Başvuru No: 26766/05 ve 22228/06, K.T. 15.12.2011, Par. 124. **Ellis Simms ve Martin/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 46099/06 ve 46699/06, K.T. 10. 4. 2012, Par. 76.

²⁶ Bkz. **Gülşen, Recep** (2006) "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji", Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 7, s. 152-153; **Şahin/ Göktürk**, s. 58; **Öztürk/Tezcan/ Erdem ve diğerleri**, s. 323.

²⁷ Bkz. **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 98.

eklenerek gizli tanık kurumunun kapsamı genişletilmiş, kimliği gizlenen tanığa soru sorulması zorlaştırılmıştır.

IV. TANIK KORUMA KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE TANIĞIN DİNLENMESİ

CMK m. 58/5'e göre tanığın kimliğinin saklı tutulması, kapalı duruşmada dinlenebilmesi ya da tanıklık yaptıktan sonra kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda önlemler alınması ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. "Tanık koruma tedbiri alınması gereken suçlar" başlıklı TKK m. 3'te ise "a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar b) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar." denilerek gizli tanıklık hükümlerinin uygulanabileceği suçların kapsamı genişletilmiştir. CMK'daki düzenlemenin müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suçlar yönünden de uygulanması kabul edilebilirse de b bendindeki düzenleme sorunludur. "Alt sınırı iki yıldan fazla hapis gerektiren ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar" ifadesi, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler ve kriminolojik açıdan doğru değildir. Bu denli alt sınırdan ceza öngörülen suçların örgütlü biçimde işlenebileceğinin kabul edilmesi gerçekçi değildir. Bu düzenlemeyle gizli tanıklık uygulamasının kapsamı genişletilmiştir.

CMK m. 58/4'teki açık düzenlemeye bakıldığında, Tanık Koruma Kanunu'nun kapsamının tanığın korunmasına yönelik kolluk tedbirleriyle sınırlı olması gerektiği açıktır. Ancak TKK'da kimliğin gizli tutulmasına ilişkin kararın kim tarafından verileceği ve tanıkların nasıl korunacağıнын yanı sıra tanığın nasıl dinleneceğine ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. TKK'daki önemli bir düzenleme de kimliği gizli tutulan tanığın beyanının delil olma değeridir.²⁸ CMK m. 58 ile TKK hükümleri arasında birbiriyle çelişen hükümler

²⁸ Bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 100.

yoktur. Ancak birbiriyle çelişen hükümler olması halinde hem özel kanun hem de sonraki kanun olan TTK hükümlerinin uygulanacağı açıktır.²⁹

“Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller” başlıklı TTK m. 9’da söz konusu tanığın dinlenme usulü ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu tedbirler, tanığın dinlenmesinde uyulacak kurallar olduğundan, ceza muhakemesine ilişkin tedbirler olarak nitelenmiştir.³⁰ TTK m. 9’a göre, CMK m. 58/f. 3’teki usulde dinlenmesine karar verilen tanığın dinlenmesi sırasında görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilecek; tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre dinlenmesine karar verilebilecektir. Bu düzenlemeyle CMK m. 58/3’e göre, taraflara kapalı duruşma yapılması sırasında tanığın ses ve görüntüsünün duruşmada hazır bulunma hakkı olanlara aktarılması sırasında tanığın tanınmamasını sağlamak üzere sesinin ve görüntüsünün de değiştirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumla amaçlanan, tanığın tanınması olasılığının tamamen engellenmesidir.

TTK m. 9/4’e göre, “*Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi hâlinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır.*” Buna göre tanığı kapalı duruşmada dinleyen hâkim ya da mahkeme heyeti tanığın beyanını, tanığın kimliğinin ortaya çıkmayacağı bir biçimde duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklayacaktır. Bu durumda tanığın beyanının açıklanması ya hemen duruşmada tutanağın okunması ya da taraflara tutanaktan örnek verilmesi suretiyle olacaktır. Geçmişteki kimi sorunlu uygulamalarda, duruşmada hazır bulunma hakkı olanlara haber vermeden mahkemenin duruşma açarak gizli tanık dinleyip, tutanağı taraflara gönderdiği tamamen hukuka aykırı uygulamalar söz konusu olmuştur. Böyle bir uygulama delillerin taraflardan gizlenmesi demektir. Zira Cumhuriyet savcısının bile yer almadığı kapalı bir oturumda tanığı dinleyen hâkim ya da mahkeme heyetinin

²⁹ Bkz. **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 100-101.

³⁰ **Yenisey / Nuhoglu**, s. 537; **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 23-24.

tanığa ne sorduğu, tanığın söylediklerinin ne kadarının tutanağa geçirdiğinin denetlenme olanağı yoktur.

Gizli tanıklığa başvurulması CMK md. 58’de belirtildiği üzere “Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa” istisnai bir tedbir olarak sıkı koşullara bağlanmışken, uygulamada zaman zaman bu hükme hukuka aykırı bir şekilde keyfi olarak başvurulduğu görülmüştür. Eski başbakan ve halen Cumhurbaşkanı Başdanışmanı olan Binali Yıldırım da bu konuda basına “2007’de TBMM’de kabul edilen ve 2008’de uygulanmaya başlanan yasayla yargı sistemine giren gizli tanıklık uygulamasıyla birçok davada pek çok gizli tanık ifade verdi. Ergenekon ve KCK başta olmak üzere, Zirve Yayınevi, Erzincan, Hrant Dink ve Turgut Özal davalarında gizli tanık ifadeleri geniş yer tuttu. Gizli tanıklar bu davalarda, derin devlet ve örgütlü suçları ilgilendiren konularda binlerce sayfalık ifade verdi, cinayet, uyuşturucu ticareti, silah kaçakçılığı dahil yüzlerce suçtan bahsetti. Bu ifadeler savcıların hazırladığı iddianamelere temel oldu. Tanık koruma kararıyla bu dönemde 12 tanığın estetikle yüzü, 109 tanığın kimliği değiştirildi. Emniyet Genel Müdürlüğü, Tanık Koruma Kurulu kararıyla 105’i tanık, 168’i de tanık yakını olmak üzere 273 kişi hakkında koruma tedbiri uygulandı. Koruma kararı alınan 145 tanık ve yakınıysa yaşadıkları yerden kimsenin bilmediği başka adreslere yerleştirildi.” şeklinde açıklama yapmıştır.³¹

³¹ Cumhurbaşkanı Danışmanı Binali Yıldırım’ın söz konusu açıklamasının yer aldığı 22.04.2015 tarihli Habertürk Gazetesi’nin ilgili sayfası için bkz. <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1068766-109-gizli-tanigin-kimligi-12sinin-de-yuzu-degisti-s.e.t.25.5.2021>. Gizli tanıklık kurumunun hukuka aykırı olarak uygulanmasının çarpıcı örneği, kamuoyunda Ergenekon Davası olarak bilinen davada ‘Ef’ kod adıyla gizli tanıklık yapan İliç ilçesi savcısı Bayram Bozkurt’tur. Bu kişi savcı iken söz konusu davada gizli tanık yapılmış, 2011’deki HSYK seçimlerinden sonra Tanık Koruma Kanunu çerçevesinde estetik operasyon geçirerek adı Hakan Aslan olarak değiştirilip yeni kimlikle Keskin ilçesine savcı olarak tayin edilmiştir. Kamuoyunda 17/25 Aralık olarak bilinen olaylardan sonra bu kişi HSYK tarafından meslekten atılarak hakkında FETÖ terör örgütü üyeliğinden dava açılmıştır. Bozkurt, 2016 yılında bu örgüte yönelik operasyon sırasında yakalanmamak için polisten kaçmak isterken düşerek ayağını kırmış, bir süre tutuklu kalarak tahliye edilmiştir. Bozkurt, 8 Mart 2019 tarihinde Kuzey Makedonya’nın Tabanovce Sınır Kapısı’ndan Sırbistan’a geçerken üstünde Levent Öz adına düzenlenmiş sahte diplomatik

TKK m. 9/5'e göre "Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, Ceza Muhakemesi Kanununun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez." Görünüşte, bu düzenlemenin amacı tanığa sorulacak sorularla tanığın kimliğinin ortaya çıkarılmak istenmesinin önlenmesidir. Ancak uygulamada tanığın tanıklık ettiği olayları ne suretle öğrendiğine yönelik soruların sorulması da önlenmektedir. Bu durumda, TKK m. 9/f.10'da yer alan "Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz." şeklindeki düzenlemenin herhangi bir işlevi yoktur.

TKK m. 9/f.7'ye göre "Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir." Bu düzenleme ile duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesinin, kimliği gizlenen tanığın ses ve görüntü kayıtlarının değiştirilerek duruşma salonuna aktarılmasının yolu açılmıştır.³² Ancak bir başka yerde bulunan tanığın gerçekten de davanın tanığı olup olmadığı, bulunduğu yerde baskı görüp görmediği, beyanının yönlendirilip yönlendirilmediği mahkeme ya da savcı tarafından kontrol edilemeyebilir. AİHM kriterleri açısından değerlendirildiğinde, TKK m. 9/f.7'deki bu düzenlemenin Sözleşme'ye aykırı olduğu açıktır.³³

pasaportla yakalanmış, daha sonra gittiği Almanya'da Türkiye'de işkence gördüğünü ileri sürerek siyasi iltica başvurusunda bulunmuştur. Bu arada bu kişi hakkında terör örgütü üyeliği ve yalan tanıklık suçlarından 15 yıl hapis cezası verilmiştir. Haberin yer aldığı 21. 11. 2019 tarihli Hürriyet Gazetesi için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/erzincandaki-ergenekon-davasinin-gizli-tanigi-olan-savci-bayram-bozkurta-fetoden-15-yil-hapis-1385874>. s.e.t. 25.5.2021. Ayrıca bkz. **Kongar, Emre** "Sahtekâr Bir 'Savcı, Gizli Tanık ve Sanık' Portresi", 09 Mayıs 2021 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

³² **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 630.

³³ Bkz. **Turhan, Faruk** (2009) "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 3. Yılında Ceza Adaleti Sistemi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 401;

Bu hallerde kimi muhakeme sistemlerinde “Mainz Modeli” olarak adlandırılan ve hâkim veya mahkeme başkanının duruşma salonu dışında tanık ile birlikte bulunarak tanığı dinlemesi ve bu dinlemenin duruşma salonuna nakledilmesi kabul edilmiştir.³⁴ Bu sistemin uygulanması sırasında, hâkimin duruşma salonunda değil de tanığın olduğu bir başka yerde bulunmasını sakıncalı bulanlar ise “İngiliz Modeli” olarak adlandırılan ve tanığın duruşma salonunda hazır bulunan hâkim ve taraflarca video konferans yoluyla dinlenmesi gerektiğini önermektedirler.³⁵ Bu durumda en sağlıklı olan, zorunlu hallerde kimliği gizlenerek gizlenen tanığın bulunduğu yerde bir hâkim huzurunda dinlenmesi ve beyanının aynı anda duruşma salonuna aktarılmasıdır. Günümüzdeki teknolojik olanaklar da bu yola başvurulmasını kolaylaştırmaktadır. Böylece ses ve görüntüsü değiştirilerek duruşmaya aktarılan tanığın gerçekten kimliği gizlenen tanık olup olmadığı tespit edilmiş olacaktır.³⁶ Kaldı ki hem tanığın kimliğinin gizlenmesi hem de ses ve görüntüsünün değiştirilmesi isabetli değildir.³⁷ Örneğin, Avusturya ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunlarında tanığın güvenilirliğinin denetlenebilmesi amacıyla kimliği gizlenen tanığın ayrıca ses ve görüntüsünün de değiştirilmesini kabul edilmemiştir.³⁸

Bu düzenleme ile duruşma salonu dışında başka bir yerde bulunan, sesi ve görüntüsü değiştirilerek duruşma salonuna aktarılan, kendisine takma (müstear) bir ad takılan ve kimlik bilgileri değiştirilen tanığa sorulacak soruların hakim tarafından sınırlanması ya da sorulmasının önlenmesi,

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu (2013) Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 309 vd.

³⁴ Bkz. **Turhan**, Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı, s. 403; **Yenisey/Nuhoglu**, s. 539.

³⁵ Bkz. **Turhan**, Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı, s. 403; **Yenisey/Nuhoglu**, s. 539.

³⁶ Tanık Koruma Yönetmeliği'nde ise (m.12/4) sesi ve görüntüsü değiştirilerek dinlenen tanığın kimliğinin doğrulanabilmesi bakımında gerçek ses ve görüntüsünün kaydedileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak bu kaydın duruşmada taraflara dinletilmesi olanaklı değildir.

³⁷ Bkz. **Turhan**, Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı, s. 406.

³⁸ Bkz. **Turhan**, Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı, s. 406.

delillerin müşterekliliği ilkesine aykırıdır.³⁹ Yargıtay bir kararında “...gizli tanık beyanlarının 5271 Sayılı CMK'nın 58 ile 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 9. maddesindeki düzenlemeler dikkate alınarak kimlikleri tespit edilemeyecek ve güvenlikleri tehlikeye düşürülmeyecek şekilde aynı celsede taraflara da soru sorma hakkı tanınmak suretiyle veya anılan tedbirlerin yeterli olmayacağı hallerde ise sebepleri izah edilerek önceden alınan sorular sorulmak suretiyle tespit edilip sonuçlarına göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayinin gerekmektedir.” diyerek, dinlenecek tanığa “önceden alınan sorular sorulması” gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰ Ancak Yargıtay tarafından bu kararda önerilen, henüz dinlenmemiş tanığa sorulacak soruların yazılı alınması gibi bir usul ceza yargılaması hukukumuzda ve CMK'da yoktur.

TKK m. 9/6'ya göre, tanığın TKK m. 9'daki usulle dinlenmesi esasen görevli ve yetkili mahkemeye ait olup, söz konusu usulün naip olunan hâkim veya istinabe suretiyle uygulanmasına görevli ve yetkili mahkeme tarafından karar verilmiş olması gerekmektedir. Bu düzenlemeye göre, tanığın kimliğinin gizlenerek dinlenmesine ve hangi tedbirlere göre dinleneceğine görevli ve yetkili mahkeme karar verecektir. Buna göre, naip olunan hâkim ya da istinabe olunan mahkeme bu yönde bir ihtiyaç duyarsa, görevli ve yetkili mahkemeden bu yönde bir karar vermesini istemelidir.

TKK m. 9/f.8'de ise “Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez.” şeklindeki düzenlemeyle söz konusu beyanın sorunlu bir usulle elde edilmiş zayıf bir delil olduğu gerçeği kabullenilerek bir güvence getirilmiştir.⁴¹ Ancak bu düzenleme söz konusu tanığın beyanına ilişkin

³⁹ Öztürk/ Tezcan/ Erdem ve diğerleri, s. 323.

⁴⁰ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E: 2015/7735, K: 2016/1683, T: 25.3.2016, Kazancı İçtihat Programı.

⁴¹ “...Teknik araçlarla izleme kararı olmayan sanık hakkında başka delillerle desteklenmeyen gizli tanık beyanının hükme esas alınmayacağı nazara alınarak...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 9.7.2018 tarih ve 2018/367 E., 2018/2423 K. sayılı kararı ile “Silahlı terör örgütüne üye olma suçunun sübutuna esas alınan delilin gizli tanık beyanından ibaret olması karşısında; 5726 Sayılı Kanun'un 9/8. maddesi uyarınca tek başına hükme esas alınmayacağı gibi, hukuka uygun delil kabul edilerek mahkumiyet hükmüne esas alınması ...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E: 2017/4051, K: 2018/241, T: 23.01.2018, Kazancı İçtihat Programı.

kaygıları azaltmaya yeterli değildir. Her şeyden önce kimliği gizlenmiş birden fazla tanık olduğu durumlarda da bunların dinlenmesi aynı usulle olacağından hükmün “haklarında tedbir uygulanan tanıkların beyanları tek başına hükme esas teşkil etmez” şeklinde olması gerekir. Böylece birden fazla gizli tanık olan durumlarda mahkeme birbirini doğrulayan birden fazla tanığın beyanı olduğunu ileri sürerek bunları hükme esas almak yoluna gidemez.

Gizli tanığın beyanının doğurduğu bir diğer sorun koruma tedbirlerinin uygulanması, özellikle de tutuklama kararı verilmesi yönünden ortaya çıkmaktadır. Gizli tanığın beyanı tek başına hükme esas alınmasa da mahkemenin bu beyandan hareketle şüpheli ve sanık hakkında tutuklama kararı, elkoyma, şirket yönetimine kayyım atama gibi ağır tedbirler uygulamasını engelleyecek bir düzenleme yoktur. Bu risk de söz konusu kurumun doğurduğu bir diğer ciddi sorundur.

TKK m. 9/f.10’a göre “*Haklarında tedbir kararı alınan tanıkların, keşifte dinlenmeleri sırasında da bu madde hükümleri uygulanır.*” “Keşifte, tanık veya bilirkişinin dinlenmesinde bulunabilecekler” başlıklı CMK m. 84/1’e göre, “*Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler.*” CMK m. 84/3’e göre, “*Mağdur, şüpheli veya sanığın huzuru, tanıklardan birinin gerçeğe uygun tanıklık etmesine engel olabilecekse, o işte şüpheli veya sanığın bulunmamasına karar verilebilir.*” Görüldüğü üzere CMK m. 84/3’teki düzenleme ile yetinilmeyerek, tanığın kimliğinin ortaya çıkmaması için tarafların keşifte bulunmasına engel olunacak tedbirler alınmasına olanak sağlanmıştır.

V. KİMLİĞİ GİZLENEN TANIĞIN KORUNMASINA YÖNELİK KOLLUK TEDBİRLERİ

Tanığın ceza muhakemesinde dinlenmesi sırasında uygulanacak tedbirler CMK m. 58’de düzenlendikten sonra tanığın korunmasına yönelik kolluk tedbirleri ve bunların koşulları “Tanık koruma tedbirleri” başlıklı TKK m. 5’te ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu tedbirler, tanığın karşılaşılabileceği tehditlerin kolluk görevlilerince ortadan kaldırılmasına yönelik olduğundan,

kolluk tedbirleri diye de nitelenmiştir.⁴² Buna göre, tanığın kimliğinin gizlenmesi amacıyla alınabilecek tedbirler şunlardır: Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi; duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi; tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi; fizikî koruma sağlanması; kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi: adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi; nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi; taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması; geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunulması; çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi; yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması; uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması; fizyolojik görünümünün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.⁴³

TKK'ya göre, yukarıdaki tedbirlerden biri veya birkaçı aynı anda uygulanabilir. Bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise bu durum da göz önünde tutulabilir. Tedbir uygulanırken tanığın daha kolay korunmasını sağlayacak, tanık ve devlet için daha az külfetli tedbirler öncelikle uygulanmalıdır. TKK m. 13'e göre, bu Kanunda belirtilen görevleri yapmak üzere, İçişleri Bakanlığında Tanık Koruma Kurulu kurulacaktır. Koruma kararının alınmasında Cumhuriyet başsavcılıkları ile mahkemelerce uygulanacak usuller de (m.10) Kanun'da düzenlenmiştir. TKK m. 5/f. 3'e göre, uygulanacak koruma tedbirlerinin esas ve usullerini düzenleyen "Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin

⁴² Yenisey / Nuhoglu, s. 537; Turhan, Tanıkların Korunması, s. 183-184.

⁴³ Bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 200 vd.

Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik” 01.11.2008 tarihli ve 27051 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

CMK m. 58’deki düzenlemelerin yanı sıra TKK’daki düzenlemeler de esasen bizzat tanığın kendisini korumaya yöneliktir. Ancak tanığın yanı sıra tanığın yakınlarına ve duruşmada dinlenen mağdurlara yönelik ağır ve ciddi tehlikenin varlığı halinde bu kişilerin de korunmasına yönelik tedbirlere başvurulabilir. Bu nedenle “Tanık koruma tedbiri kapsamına alınacak kişiler” başlıklı TKK m. 4’te daha geniş bir düzenlemeye gidilmiştir.⁴⁴ Buna göre, haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile CMK m. 236’ya göre tanık olarak dinlenen suç mağdurlarını da kapsamaktadır. CMK’da yer alan “yakınları” ifadesi, TKK m. 4/1, b’de “(a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler” şeklinde sayılmıştır.

“Tanık koruma tedbiri kararlarını verecek makam ve merci” başlıklı TKK m. 6’ya göre Kanunda sayılan tanık koruma tedbiri kararları; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı veya tanığın istemi üzerine veya re’sen mahkemece verilir. Karar verilmeden önce kolluk makamları ile diğer birimlerin hazırlayacağı değerlendirme raporları göz önünde tutulur. TKK m. 6/2’ye göre, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, tanığın isteminin bulunması koşuluyla Cumhuriyet savcısından karar alınıncaya kadar, kolluk amirinin yazılı emriyle, geçici olarak 5 inci maddenin birinci fıkrasının (ç) bendinde belirtilen tedbir (fizikî koruma sağlanması) alınabilir. Bu tedbirin geciktirilmeksizin Cumhuriyet savcısının bilgisine sunulması gerekir. Kanunda açık bir hüküm olmasa da tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından onanması halinde sağlanan fizikî koruma kaldırılacaktır. TKK m. 6/f. 3’e göre, Kovuşturma evresinde tanıklık görevinin yapılmasından sonra, 5 inci maddenin birinci fıkrasının (d) ilâ (h) bentlerinde sayılan tanık koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, tanığın istemi üzerine Kurul

⁴⁴ Bkz. **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 191.

tarafından verilebilir. Kurul, kovuşturma evresinin sona ermesinden sonra (ç) bendinde belirtilen tedbire de karar verebilir. “Tanık koruma tedbirinin süresi, değiştirilmesi ve kaldırılması” başlıklı TTK m. 8’de koruma tedbirlerinin süresine, şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya tedbirlerin aynen devam etmesine, kurul tarafından re’sen veya yetkili merciler ya da hakkında tedbir uygulanan kişinin istemi üzerine kararın uygulandığı tarihten başlamak üzere ve en geç birer yıl aralıklarla karar verilir. Tedbirlerin değiştirilmesi ya da süresinin uzatılıp uzatılmayacağı, kaldırılıp kaldırılmayacağı hususu da Kurul tarafından gözdem geçirilir.

VI. GİZLİ SORUŞTURMACININ TANIKLIĞI

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin esasları CMK m. 139’da düzenlenmiştir. CMK m. 139/f.1’e göre, “*Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.*” Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin olarak “Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” yayınlanmıştır.⁴⁵ Bu Yönetmeliğin 4/ç, hükmüne göre, gizli soruşturmacı, “*Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisidir.*”

Gizli soruşturmacının görevlendirilmesi, sadece m.139/f.7’de gösterilen suçlar yönünden söz konusu olabilir.⁴⁶ Kanunda sayılan suçlar dışında bir suç

⁴⁵ Söz konusu Yönetmelik 14.02.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁶ Buna göre sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188); suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, TCK m. 220); silahlı örgüt (TCK m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK m. 315); Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (m. 12) suçları; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu m. 10/h bendindeki suçlarda uygulanabilir.

için gizli soruşturmacı tayin edilmiş olması halinde elde edilen bilgiler delil olarak kullanılamayacaktır. CMK m. 139/f.1'e göre, sadece kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu düzenlemeye göre gizli soruşturmacı olarak tayin edilen kişinin kamu görevlisi olması gerekir ancak bu kişinin kolluk görevlisi olması zorunlu değildir.

CMK m. 139/f. 4'e göre, “*Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.*” Kolluk görevlisi olmayan bir kişinin nelerin delil olabileceğini nasıl tespit edebileceği, bunları nasıl toplayıp muhafaza edebileceği belirsizdir. Bu nedenle kolluk görevlisi olmayanların delil toplamak amacıyla görevlendirilmesi çok istisnai hallerde, örneğin bir işyerinin, binanın içindeki faaliyetlerle ilgili olarak yürütülen soruşturmada başvurulmalıdır.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde önemli bir sorun da gizli soruşturmacının tanıklık yapıp yapamayacağı ve tanıklığının değeridir. Dürüst işlem ilkesinin sağlanması ve adil yargılanmanın yapılabilmesinin bir unsuru da sanıkların tanıklara soru sorulabilmesi ve tanıklarla yüzleştirilebilmeleridir.⁴⁷ AİHM, Lüdi/İşçivre davasında, sanık ve avukatının yargılama boyunca kimliği gizli tutulan gizli soruşturmacıya hiçbir soru soramamalarının savunmanın haklarını önemli derece kısıtladığı yönünde karar vermiştir.⁴⁸

2017 yılındaki açık düzenlemeden önce, gizli soruşturmacının güvenliğinin sağlanabilmesi için zorunlu olmadıkça duruşmada tanık olarak dinlenmemesi, eğer dinlenmesi zorunlu ise CMK m. 58'deki şartlarda dinlenmesi önerilmekteydi.⁴⁹ CMK m. 139/3'e yapılan “*Soruşturmacı,*

⁴⁷ **Weigend, Thomas** (2004) “Avrupa İki Ağızlı mı Konuşuyor?” (Çev. V. Ö. Özbek), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 110-111; **Maffei, Stefano** (2003) *Il Diritto al Confronto con L'accusatore*, Piacenza, Casa Editrice la Tribuna, s. 181 vd.; **Renzikowski**, s.275.

⁴⁸ **Lüdi/ Switzerland**, AİHM, Başvuru No: 12433/86, K.T. 15.06.1992. Kararın tahlili için bkz. **Lonati, Simone** (2018) “Anonymous Witness Evidence Before the European Court of Human Rights: Is It Still Possible to Speak of ‘Fair Trial?’”, *European Criminal Law Review*, Vol:8, N:1, p. 131 vd.

⁴⁹ Bkz. **Şahin/ Göktürk**, s. 58.

kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde/ duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Bu durumda 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesi hükmü kıyasen uygulanır.” şeklindeki eklemeye gizli soruşturmacının da yukarıdaki hükümlere göre tanıklık yapacağı açıklığa kavuşturulmuş ve bu konudaki tereddüt giderilmiştir.⁵⁰ Öte yandan “Tanık koruma biriminde görev yapanlar, diğer görevliler, suçun aydınlatılmasında yardımcı olanlar ve yakınlarının korunması” başlıklı TTK m. 22/f.1’de “*Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır.*” şeklindeki düzenlemeye bakıldığında, tanıkların korunmasına ilişkin ceza muhakemesi tedbirlerinin ve kolluk tedbiri niteliğindeki tanık koruma tedbirlerinin gizli sanık hakkında da uygulanabileceği açıktır.⁵¹

VII. ADİL YARGILANMA İLKELERİ AÇISINDAN TANIĞIN KİMLİĞİNİN GİZLENEREK DİNLENEBİLMESİNİN ÖLÇÜTLERİ

A. TANIĞIN KORUNMASI İÇİN KİMLİĞİNİN GİZLİ TUTULMASININ ZORUNLU OLMASI

Ceza yargılamasının sağlıklı işleyebilmesi için can güvenliği olan tanıkların korunması devletin alması gereken önlemler arasındadır.⁵² Tanıkların korunmasına yönelik bu düzenlemelerin temel amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik olduğu açıktır.⁵³

⁵⁰ 15.08.2017 tarih ve 694 sayılı KHK’nın 142. maddesiyle getirilen söz konusu düzenleme 01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanunla (m. 137) aynen kabul edilmiştir.

⁵¹ Bkz. **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 104.

⁵² **Şahin/ Göktürk**, s. 57; **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 33-34.

⁵³ **Öztürk/ Tezcan/ Erdem ve diğerleri**, s. 323. “*Tasarlayarak kasten öldürme suçunda; yaşamının tehlikeye gireceğini belirterek isminin açıklanmamasını talep eden bir tanık tarafından el yazısıyla yazılan 3 sayfalık dilekçede, sanıklara atılı suç ile ilgili bazı bilgilerin*

Yukarıda ele alındığı üzere tanıklık yapması, duruşmada hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi halinde tanık ve/veya yakınlarının hayatları ya da özgürlükleri için oluşabilecek ağır bir tehlikenin somut olarak ortaya konulması halinde tanığın kimliğinin gizlenmesi yoluna gidilebilir.⁵⁴

CMK ve TKK'daki düzenlemeler, tanığın korunması ve can güvenliğinin korunması yönünden sorunlu değildir. Sorun, tanıklık yapması halinde kendisinin ya da yakınlarının can güvenliği riski olduğundan hareketle tanığın kimliğinin tamamen gizlenerek ve tanığa soru sorulması imkânı sınırlanarak kapalı bir oturumda dinlenmesidir. Yukarıda aktarılan ve kimliğinin ortaya çıkmasını önlemek için getirilen usullerle tanığın dinlenmesi durumunda, gerçek anlamıyla bir dinleme söz konusu değildir. Zira Kanun, bu durumda tanığın, duruşmada hazır bulunma hakkı bulunanlar olmaksızın sadece hâkim ya da mahkeme tarafından dinlenilmesine olanak tanımaktadır. Bu usulle dinlenen tanığın duruşmada bulunmaya hakkı olanlar tarafından görülmesi, bu kişilerin tanığa soru sorması kısıtlanmakta hatta tanığın kimliği ortaya çıkabilir diye tamamen engellenebilmektedir.⁵⁵ Bunun bir sakıncası da AİHS m. 6'ya göre adil yargılamanın bir gereği olan, tanığının güvenilirliğinin sanık veya müdafî tarafından sorgulanabilmesi imkânını büyük ölçüde zorlaştırmasıdır.⁵⁶

B. TANIĞIN KİMLİĞİNİN GİZLİ TUTULMASININ GEREKÇELENDİRİLMESİ

Mahkeme genel ifadelerle yetinmeyerek, tanığın CMK m. 58 ve TKK m. 9'daki hükümlere göre dinlenmesine yönelik kararında bu tedbirlerin

verilmekte olduğu görülmektedir. İsminin açıklanmamasını talep eden tanığın anlatımlarının maddi gerçeğe ulaşma adına mutlaka değerlendirilmesi gerekmektedir ... yaşamının tehlikeye gireceği gerekçesiyle isminin açıklanmamasını talep eden tanığın anlatımları ile bu tanığın Tanık Koruma Yasası kapsamında koruma kapsamına alınıp alınmayacağı hususlarının yerel mahkeme tarafından değerlendirilmesi gerekir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2010/1-253, K: 2011/11, T: 01.02.2011, Kazancı İçtihat Programı.

⁵⁴ Lonati, s. 124.

⁵⁵ Bkz. Centel, Nur/ Zafer, Hamide (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 304.

⁵⁶ Bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 141 vd.; Arslan, s. 816 vd.

alınmasının zorunlu olduğunu gösterecek somut delilleri ortaya koymalıdır.⁵⁷ Yargıtay da “*Tanık koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için kanunda belirtilen suçlardan birisi hakkında soruşturma veya kovuşturma bulunması, tedbir uygulanacak kişinin tanık veya yakınlarından biri olması, kişinin hayatı, beden bütünlüğü ve malvarlığı için ağır ve ciddi bir tehlike bulunması, tedbirin ölçülü olması, yetkili mercilerin kararının bulunması gerekir.*” şeklindeki kararıyla bu duruma işaret etmiştir.⁵⁸ Ancak tanığın bu usulde dinlenmesine yönelik karara karşı hükümden önce gidilebilecek bir kanun yolu yoktur. Bu uygulamanın doğurabileceği sorunları önlemeye yönelik bir çözüm olarak, bu yöndeki kararın itiraza tabi olmasına yönelik bir düzenleme yapılabilir.

Mahkemenin tanığı bu usulde dinlemeye yönelik kararının kanun yolu başvurusunda incelenebilmesi için gerekçe gösterilmiş olması gerekir.⁵⁹ Aksi halde genel, soyut ifadelerin ve kanun metninin yazılmış olması tek başına yeterli değildir. Bireysel başvuru incelemesi yapan Anayasa Mahkemesi de “*Sonuç olarak, tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda bir gerekçeye yer verilmediği, hükmün belirleyici ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırıldığı ve sanığın (başvurucu) lehine alınan teminatlar gözetildiğinde, tanığın menfaatleri ile sanığın adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan haklarının adil bir şekilde dengelenmediği görülmüştür. Bu sebeplerle, başvurusunun, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.*” şeklindeki yorumuyla, başvurusunun Anayasa’da (m. 36) güvence altına alınmış olan tanığı sorguya çekme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁰

Yargıtay da gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kamu görevlilerine uyuşturucu madde sattığı iddia edilen sanık hakkındaki kararında “... *adli kolluk görevlisi olan tanıkların kimliklerinin ortaya çıkmasının, kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturduğuna, huzurda dinlenmelerinin*

⁵⁷ Dönmez, s. 129.

⁵⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E: 2016/7026, K: 2017/3341, T: 21.3.2017, Kazancı İçtihat Programı.

⁵⁹ Dönmez, s. 129.

⁶⁰ B. Karadağ Bireysel Başvurusu, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/12906, K.T. 7.5.2015, Par.75, 76.

tanıklar açısından ağır bir tehlike teşkil edeceğine ve bu tehlikenin başka türlü önlenemeyeceğine ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacağına ilişkin, genel bir korkunun ötesinde doğrudan doğruya sanıktan kaynaklanan, tanıklara yönelmiş tehdit, baskı, cana ve mala zarar verileceğine dair somut bir korkunun varlığını gösteren herhangi bir tespitin bulunmaması karşısında...” şeklindeki yorumuyla, tanığa yönelik tehdidin somut olarak gerekçesiyle ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹ Yargıtay bir başka kararında da beyanları hükme esas alınan birden çok tanığın gizli olarak dinlenilmiş olması halinde her bir tanık açısından gizli dinlemenin yasal ve doyurucu gerekçesinin açıklanması gerektiğini vurgulamıştır.⁶²

C. TANIĞIN KİMLİĞİNİN GİZLENMESİNİN AMACA UYGUN VE ÖLÇÜLÜ OLMASI

Mevcut düzenlemeler, delillerin müşterekliği ve duruşmaların açıklığı ilkesine aykırılık taşıdığından tanığın bu usulle dinlenmesine ancak çok ayrıksı hallerde, amaca uygun ve ölçülü biçimde başvurulmalıdır.⁶³ AİHM’in, tanığın kimliğinin gizlenerek dinlenmesi, bu tanığa soru sorulmasının sınırlanması ve bu yolla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasını ele alarak bu konudaki temel yaklaşımını ortaya koyduğu başlıca kararları Kotovski/Hollanda, Windisch/Avusturya, Doorson/Hollanda, Van Mechelen

⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2017/10-721, K: 2020/42, T: 30.1.2020, Kazancı İçtihat Programı.

⁶² “Beyanları hükme esas alınan birden çok tanığın gizli olarak dinlenilmiş olmalarının yasal ve doyurucu gerekçesinin açıklanmaması ve CMK’nın 58 ve 201. maddeleri uyarınca sanıklar ile sanık savunmalarının doğrudan soru sorma hakları yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle önlenmesi suretiyle Anayasanın 90. maddesine göre iç hukukumuzda doğrudan uygulanması zorunlu olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma ve savunma haklarının kısıtlanması...” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E: 2012/2043, K: 2012/7392, T: 10.10.2012, Kazancı İçtihat Programı.

⁶³ **Kazancı, Behiye Eker** (2006) “Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 7, s. 160 vd.; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 540; **Maffei**, s. 358-359.

ve Diğerleri/Hollanda, Ellis Simms ve Martin/Birleşik Krallık başvurularına ilişkindir.⁶⁴

AİHM, Doorson/ Hollanda kararında tanıkların kimliğinin gizlenerek dinlenebileceğini kabul etmiş, ancak tanıkların korunmak istenen menfaatleri ile sanığın adil yargılanmaya ilişkin menfaatlerinin dengelenmesi gerektiğini de vurgulamıştır.⁶⁵ Bunun yanı sıra AİHM, Ellis Simms ve Martin/Birleşik Krallık kararında, bir kimse hakkında mahkûmiyet kararı verilmeden önce, aleyhindeki tüm delillerin aleni yapılan duruşmada ortaya konulmasını, delillere etkin bir şekilde itiraz edilebilme olanağının taraflara verilmesinin istisnaları olsa bile bu istisnaların savunma hakkını kısıtlamaması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, gizli tanık dinlenirken hâkime, jüriye ve savunma avukatına, tanıkların hareketlerini gözlemleyebilme, dürüstlük ve güvenilirliklerine ilişkin fikir sahibi olabilme olanağı verilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Kararda gizli tanık dinleme ölçütleri 1-tanığın kimliğini gizlemek için haklı nedenler bulunması, 2- kimliği gizlenen tanığa savunma hakkını kısıtlamayacak ölçüde soru sorulabilmesi olanağının verilmesi, 3- kimliği gizlenen tanığın beyanının tek başına mahkûmiyetin gerekçesi olmaması şeklinde sıralanmıştır.⁶⁶

D. TANIKLIK KONUSU BİLGİLERİN NE SURETLE ÖĞRENİLDİĞİNİN DENETLENEBİLMESİ

CMK m. 58 ve TKK m. 9'da gösterilen hallerde tanığın kimlik bilgilerinin sanık ve müdafiden gizlenmesi, bu surette dinlenen tanığın kimliğinin açığa çıkmasını sağlayabilecek soruların sorulmasının engellenmesi halinde tanığın ne suretle tanıklık konusu bilgileri öğrendiği, açıklamalarının doğru olup

⁶⁴ Bu kararlarla ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 142 vd.; **Dönmez**, s. 128 vd.

⁶⁵ Bkz. **Turhan**, Tanıkların Korunması, s. 149; **Doorson/ Hollanda**, AİHM, Başvuru No: 20524/94, K.T. 26.03.1996. Par. 70 vd.; **Lonati**, s. 121 vd.

⁶⁶ **Ellis Simms ve Martin/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 46099/06 ve 46699/06, K.T. 10.04.2012, Par. 74 vd.; Kararın değerlendirmesi için bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 632; **Dönmez**, s. 129.

olmadığı tespit edilemeyecektir.⁶⁷ Bu hallerde Cumhuriyet savcısı ve mahkeme gizli tanığın kimlik bilgilerini bilse de savunma makamı bu tanığın kimliğini bilemeyecektir. Kimliğine ilişkin bilgilerin duruşmada tartışılmaması, gizli tanığın ve verdiği bilgilerin güvenilirliğini zayıflatacaktır.⁶⁸ Böyle bir durumda tanıkla sanık arasında bir husumet olup olmadığı, tanığın tanıklık konusu bilgileri ne suretle öğrendiği, tanığın herhangi bir kişi tarafından yönlendirilip yönlendirilmediği anlaşılamayacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kimliği gizlenen tanığa soru sorulmasıyla ilgili olarak “*CMK’nın 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen koşulların mevcut olduğunun kabul edilip tanıkların duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan dinlenilmelerine karar verildiği durumlarda dahi, maddenin 3. fıkrasındaki “Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntü aktarımı yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır” düzenlemesi gözetilerek, kimlik bilgileri gizli tutulsa bile tanık veya tanıkların sanık ve/veya müdafisinin hazır bulunduğu oturumda dinlenmeleri sırasında ses ve görüntü aktarımı yapılmak suretiyle dinlenmeleri ile sanık ve/veya müdafisine tanıklara soru sorma hakkı tanınması gerektiği dikkate alındığında, sanık ve/veya müdafisinin bulunmadığı ayrı bir oturumda, ses ve görüntü aktarımı da yapılmadan tanıkların dinlenilmeleri de usul ve yasaya aykırıdır.*” şeklinde, AİHM içtihadıyla uyumlu karar vermiştir.⁶⁹

AİHM, Al Khawaja ve Tahery/ Birleşik Krallık davasında, duruşmaya gelmeyen tanığın ifadelerinin delil olarak kabul edilebilmesi için tanığın duruşmaya getirilmemesinin objektif ölçütlerle ortaya konulan haklı bir nedeninin olmasını ve hükmün tek başına ya da belirleyici ölçüde duruşmada dinlenmeyen tanığın beyanına dayandırılmaması yönünde karar vermiştir.⁷⁰ Anayasa Mahkemesi de C. Akgül’ün bireysel başvurusunda, “... Buna göre bir ceza yargılamasında sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya

⁶⁷ Bkz. **Güngör**, s. 317.

⁶⁸ Bkz. **Turhan**, Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı, s. 394-395.

⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2017/10-721, K: 2020/42, T: 30.01.2020, Kazancı İçtihat Programı.

⁷⁰ **Al Khawaja ve Tahery/ Birleşik Krallık**, AİHM Büyük Daire, Par. 118 vd. Kararın tahlili için bkz. **Lonati**, s. 136 vd.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu da AİHM tarafından bu davada ortaya konulan ölçütü E: 2018/16-440, K: 2020/25, 23.1.2020 tarihli kararında esas almıştır. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

çektirme, lehine olan tanıkların da aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkı vardır. Sanığın; hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sınaıma imkanına sahip olması adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından gereklidir. Ancak başvuruçuların tanıklara soru sorabilmesi, onlarla yüzleşebilmeleri mutlak bir hak değildir. Makul gerekçelerle getirilen kısıtlamalar, kimi zaman başvuruçunun iddia tanıklarına soru sorabilme ve onlarla yüzleşme imkanını da ortadan kaldırabilmektedir. Diğer yandan bir mahkûmiyet sadece veya belirleyici ölçüde sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkanı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur" şeklinde karar vermiştir.⁷¹ Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi de AİHM kararlarına uygun biçimde, öncelikle tanığın kimliğinin gizlenerek dinlenmesinin gerçeğin ortaya çıkması için önemli ve zorunlu olduğunun; söz konusu tanığa soru sorma imkânının sağlanarak delillerin güvenilirliğinin sınanması için savunmaya yeterli imkân verildiğinin; ilgili tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edip etmediğinin yerel mahkeme tarafından ortaya konulmasını aramaktadır.⁷² Mahkeme kararında, mahkûmiyetin sadece veya belirleyici ölçüde duruşmada sorgulanmayan tanığın ifadesine dayandırılmasını Anayasa m. 36'ya aykırı görmüştür. Mahkeme kararında "Çünkü tek veya yegâne ispat unsuru olmasa dahi ifadesi hükme esas alınan bir tanığın geçerli bir neden olmaksızın duruşmada dinlenmemesi tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabilir. Kamu makamları bu nedenle ifadesi hükme dayanak yapılacak tanıkların duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba sergileme yükümlülüğü altındadır." şeklindeki açıklamasıyla olayın delilinin tek bir tanığın beyanından ibaret olması halinde bu tanığın duruşmada dinlenerek sorgulanması gerektiğini vurgulamıştır.⁷³ AİHM Büyük Dairesi ise yukarıda

⁷¹ C. Akgül Bireysel Başvuru Kararı, Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/10634, K.T. 26.10.2016, Par. 37.

⁷² Bkz. Dönmez, s. 147 vd.; Arslan, s. 852 vd.

⁷³ C. Akgül Bireysel Başvuru Kararı, Par. 39.

aktarılan Al Khawaja-Tahery/İngiltere kararında İngiliz hukukuna özgü ek bazı dengeleyici güvencelerin varlığını da göz önünde bulundurarak, hükmün belirleyici veya önemli ölçüde kimliği gizlenen tanığın beyanına dayandırılmasının Sözleşme'ye aykırı olmayacağı yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin C. Akgül kararında, AİHM'in yukarıdaki kararından daha katı bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir.

E. KİMLİĞİ GİZLENEN TANIĞIN BEYANLARINA KARŞI SAVUNMANIN YETERLİ GÜVENCEYE SAHİP OLMASI

AİHM, Doorson/Hollanda, Ludi/İsviçre ve Van Mechelen/Hollanda davalarında bu konudaki ölçütleri daha da açıklığa kavuşturarak yukarıdaki kararlarda aranan koşulların yanı sıra kimliği tamamen gizlenen tanığın beyanlarının delil olarak değerlendirilebilmesi için tanığın kimliğinin gizlenmesinin savunma açısından getirdiği sakıncaların diğer başka güvencelerle dengelenmesi ve mahkûmiyet kararının tek başına kimliği gizlenen tanığın beyanına dayandırılmaması gerektiğine işaret etmiştir.⁷⁴ Bunların yanı sıra AİHM, Visser/ Hollanda ve Kostovski/ Hollanda başvurularında, kimliği hakim tarafından bilinmekle birlikte duruşmada dinlenmeyen, müdafinin sadece yazılı olarak soru sorabildiği tanığın ifadesine dayanarak mahkûmiyet hükmü verilmesinin savunmaya yeterli imkan vermediği için Sözleşme'yi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁷⁵ Bu karara göre, kimliği açıklanmayan tanığın menfaati ile savunma hakkı arasında adil bir dengenin kurulması, tanığa yönelik ciddi tehdidin açıkça gösterilmesi, tanığın kimliğinin gizli tutulmasını gerektirecek nedenlerin devam edip etmediği ortaya konulmalıdır.⁷⁶

TKK m. 9/f.10'da yer alan “*Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz.*” şeklindeki düzenlemeyle savunma hakkının kısıtlanamayacağı kuralının işlevi yoktur. TKK m. 9/5'teki “*...tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı*

⁷⁴ Centel/ Zafer, s. 304-305.

⁷⁵ Bkz. Lonati, s. 125.

⁷⁶ Centel/ Zafer, s. 305.

ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez.” şeklindeki düzenlemeden hareketle tanığın ne suretle tanıklık konusu olayları bildiğı, bu bilgileri nereden edindiğı yönündeki sorular engellenebilmektedir.⁷⁷ Bu durumda tanığın beyanının doğruluğunun, güvenilirliğinin tartışılması olanaklı değildir. Tanığın, tanıklık ettiği olayla ilgili bilgiye nasıl sahip olduğu konusu belirsiz kaldıkça, tanığın verdiği bilgilerin sağlamlığı da kuşkulu olacaktır.⁷⁸

F. HÜKMÜN SADECE GİZLİ TANIĞIN BEYANINA DAYANDIRILMAMASI

Ceza yargılamasında olayın tek delilin kimliği gizlenen tanığın beyanından ibaret olması halinde hükmün bu beyana dayandırılıp dayandırılmayacağı ayrı bir sorundur. AİHM, olayın delilinin sadece soruşturma evresinde polis tarafından dinlenen ve kovuşturma evresinde duruşmalar boyunca kimliği açıklanmayan tanıkların beyanlarından ibaret olduğu Windisch/ Avusturya davasında, hükmün tek başına bu beyanlara dayandırılmasının savunma hakkını ihlal ettiği yönünde karar vermiştir.⁷⁹ Bu karara göre tanıkların kimlik bilgileri, kim oldukları taraflarca da bilinmelidir. Bu kararın yanı sıra AİHM, Unterpertinger/ Avusturya davasında istisnai hallerde duruşmanın yüz yüzeği ve delillerin açık duruşmada tartışılması kuralına sınırlamalar getirilebilse de mahkûmiyetin sadece ve ağırlıklı olarak sanığın ve tarafların duruşmada soru sormadığı tanığın beyanlarına

⁷⁷ Bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, s. 632.

⁷⁸ Ceza Genel Kurulu'nun “*Sanık hakkında beyanda bulunan gizli tanığın beyanının alındığı duruşmada kendisine sanığın hangi dönemler içinde sohbetlere katıldığı, bu sohbetlerin içeriğı, hangi derneklerde klavye çalışması yaptırdığının ayrıntılı şekilde sorulmadığı...*” şeklindeki E: 2018/16-440, K: 2020/25, T: 23.01.2020 kararı, Kazancı İçtihat Programı.

⁷⁹ **Windisch v. Avusturya**, AİHM, Başvuru No: 12489/86, K.T. 27.9.1990. Kararın tahlili ve etkisi için bkz. **Mahoney, Paul** (2004) “Right To a Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 ECHR”, Judicial Studies Institute Journal, Vol: 4, N: 2, p. 114; **Turhan**, Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı, s. 396 vd.; **Arslan**, s. 850 vd.

dayandırılmayacağı yönünde karar vermiştir.⁸⁰ İç hukukumuzda TKK m. 9/f.8'deki "...hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez" şeklindeki düzenlemeyle AİHM'in yukarıdaki kararlarına uygun bir yaklaşım benimsenmiştir. Yargıtay da "5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında koruma tedbiri altına alınan tanığın beyanının anılan Kanunun 9. maddesinin 8. fıkrası uyarınca tek başına hükme esas teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın yüklenen suçlardan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, hatalı görülmüştür." şeklindeki kararında, Kanun'un açık hükmüne karşın gizli tanığın beyanının tek başına hükme esas alınmasını bozma nedeni olarak değerlendirmiştir.⁸¹

AİHM yukarıdaki kararlarında, tehlike altındaki tanığın duruşmada dinlenmesi sırasında korunması için gerekli tedbirlerin alınabileceği kabul etmekle beraber bu tanığa soru sorulabilmesi olanağının sanığa da verilmesi gerektiğini belirterek tanığın korunması ve sanığın adil yargılanma hakkının dengelenmesini amaçlamaktaydı. AİHM, tehlike altındaki tanığın kimliğinin tamamen gizlenmesi yerine bu tanığın kolluk tedbirleriyle korunmasının sağlanması eğilimini benimsemekteydi. Ancak AİHM, Balta ve Demir /Türkiye kararında, Büyük Daire'nin Al Khawaja-Tahery/ İngiltere kararında geliştirdiği yaklaşımı esas alarak, süreklilik arz eden önceki içtihatlarından ayrılmıştır. Buna göre yukarıda ele alınan tanığın kimliğinin gizli tutulmasının zorunlu olması, kimliğin gizli tutulmasının gerekçelendirilmesi ve tanığın kimliğinin gizlenmesinin amaca uygun ve orantılı olması şeklindeki üç koşulun sağlanması halinde mahkûmiyet kararının tek başına veya belirleyici ölçüde kimliği gizlenen tanık beyanına dayandırılabilirliğini benimsemiştir.⁸² Görüldüğü üzere AİHM, önceki kararlarında kimliği gizlenen tanığın beyanının "tek başına veya belirleyici bir şekilde" sanığın mahkûmiyetine esas teşkil etmemesi yönünde kararlar vermişken, Büyük Daire Al Khawaja-Tahery/İngiltere

⁸⁰ **Unterpertinger v. Avusturya**, AİHM, Başvuru No: 9120/80, K.T. 24.11.1986. Kararın tahlili ve etkisi için bkz. **Weigend**, s.111; **Öztürk, Bahri** (2010) "Anonim (Gizli) Tanıklık Tek Başına Mahkûmiyete Yeter mi?" Fasikül Hukuk Dergisi, Y: 2, S: 5, s.7; **Dönmez**, s. 131.

⁸¹ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E: 2014/5006, K: 2014/9648, T: 26.9.2014, Kazancı İçtihat Programı.

⁸² Bkz. **Turhan**, s. 165.

kararında, İngiliz hukukuna özgü dengeleyici güvencelerin varlığını da göz önünde bulundurarak, ek bazı güvencelerin bulunması halinde, hükmün belirleyici veya önemli ölçüde kimliği gizlenen tanığın beyanına dayandırılmasının Sözleşme'ye aykırı olmayacağı yönünde karar vermiştir.⁸³

AİHM, Balta ve Demir /Türkiye kararında da Büyük Daire'nin Al Khawaja-Tahery/ İngiltere kararına atıf yaparak, savunma tarafının sorgulama imkânı bulamadığı bir tanığın aleyhte ya da hüküm için belirleyici nitelikteki ifadesinin delil olarak kabul edilmesinin kendiliğinden Sözleşme'yi (m. 6) ihlal etmeyeceği yönündeki yeni yaklaşımını sürdürmüştür. Mahkeme, bu tür bir delilin güvenilirliğine ilişkin doğru ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapabilmek için söz konusu delilin kabul edilmesine bağlı sakıncaları giderebilecek yeterli güvencelerin bulunması halinde, yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olarak değerlendirilebileceği yönünde karar vermiştir. Ancak AİHM bu kararında bir kez daha, gizli tanıklık uygulamasına başvurulması ve hükmün gizli tanığın beyanına dayandırılabilmesi için öncelikle yukarıda aktarılan üç ölçütün birlikte karşılanması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre: 1. Başvuranların tanığı sorgulama ya da sorgulatma imkânlarının bulunmaması makul bir gerekçe ile haklı gösterilmiş olmalıdır; 2. başvuranların mahkûm edilmesinde gizli tanığın beyanının öneminin ortaya konulmuş olması gerekir; 3. savunma tarafının maruz kaldığı güçlükleri gidermek amacıyla başvurabileceği yeterli usuli güvencelerin bulunduğu ortaya konulmalıdır.⁸⁴ AİHM bu iki yeni kararı birlikte değerlendirildiğinde, AİHM Büyük Daire'sinin, Al Khawaja-Tahery/ İngiltere kararından sonra, yerleşik içtihadından belli koşulların varlığı şartıyla ayrıldığı, diğer koşulların da bulunması halinde hükmün tek başına gizli tanığın beyanına dayandırılabilmesini kabul ettiği görülmektedir. Buna göre, TKK m. 9/f.8'deki "*hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez*" şeklindeki düzenlemenin AİHM içtihadına aykırı olmadığı görülmektedir. Gizli tanıklık kurumuna başvurulabilmesi için AİHM tarafından aranan

⁸³ **Al-Khawaja ve Tahery/ Birleşik Krallık**, Par. 118 vd.; Bkz. **İnceoğlu, Sibel** (2018) Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, N: 4, Ankara, s. 350; **Lonati**, s. 136. vd.

⁸⁴ **Balta ve Demir /Türkiye**, AİHM, Başvuru No: 48628/12, K.T. 23.04.2015, Par. 39-40.

yukarıda üç ölçüt sağlanmış olsa bile TTK'daki bu hüküm karşısında kimliği gizlenen tanığın beyanı Türk ceza yargılamasında tek başına hükme esas alınamaz. Görüldüğü üzere, TTK'daki bu düzenlemeyle gizli tanığın beyanı zayıf bir delil olarak değerlendirilmekte ve ancak diğer başka delillerin varlığı halinde hükme dayanak yapılabilmektedir.

SONUÇ

AİHM içtihatlarında, gizli tanıklık uygulaması ve gizli tanığın beyanının delil olabilmesi için tanığın kimliğinin gizlenmesinin istisnai ve zorunlu olması, tanık beyanının güvenilirliğini sorgulama ya da sorgulatma imkânlarını içeren yeterli güvencenin savunmaya verilmiş olması, gizli tanığın beyanının sanığın mahkûmiyetinde tek başına ya da önemli ölçüde esas alınmaması koşulları birlikte aranmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu (m.58) ve Tanık Koruma Kanunu'ndaki düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi ve AİHM ölçütleri esas alınarak uygulanması halinde gizli tanık beyanlarının sanığın mahkûmiyetinde kullanılması bakımından hukuka aykırı bir durum ortaya çıkmayacağı beklense de uygulamada böyle olmadığı görülmektedir. Kimliği gizlenen tanıkların maddi meseleye ve suçun iştirakçilerine ilişkin birçok ayrıntıyı çok kesin biçimde hatırlamaları, beyanlarının sıklıkla sanıklar aleyhine olması, savunma makamının bu tanıklara soru sorma imkânının kısıtlanmış olması gibi etkenler bu tanığın beyanının doğruluğu konusunda kuşkular uyandırabilmektedir. Mevzuattaki sıkı düzenlemeye karşın, kimi ceza davalarında kimliği gizlenen tanıkların yalan beyanlarına dayanarak verilen kararlar, kanun yolu denetiminde bozulmuş olsa da gizli tanıklık kurumuna olan güvensizlik devam etmektedir.

AİHM içtihadı ve ulusal mevzuatımıza bakıldığında, tanığın kimliğinin gizlenerek dinlenmesi ve korunması için tanığın somut bir tehlike içinde olması önkoşuldur. Ayrıca bu tanığın beyanının maddi meselenin ispatı açısından çok önemli ya da tek delil olması gerekmektedir. Bu tanığın duruşma salonunda dinlenmesi sırasında güvenliğinin sağlanması için gerekli ceza muhakemesi tedbirleri alınırken, kendisine soru sorulması için savunmaya da imkân

verilerek menfaatler dengelenmelidir. Tanıklık yaptıktan sonra da bu tanığın korunması için gerekli kolluk önlemleri alınmalıdır.

Kimliği en baştan itibaren gizli tutulan ve kendisine soru sorulma imkânı büyük ölçüde sınırlanan ya da hiç soru sorulamayan tanığın beyanının güvenilirliği savunma tarafından sınınamadığı için bu beyanın tek başına ya da büyük ölçüde sanığın mahkûmiyetine dayanak yapılması halinde, adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olacaktır. Tanığın tanıklık konusu olayı ve olaya dair bilgileri ne suretle öğrendiği ortaya konulmadıkça, beyanının doğruluğu kuşkuyla olacaktır. Bu nedenle, dava konusu olayı ne suretle öğrendiği duruşmada ortaya konulduktan ve kendisine duruşmada sorular sorulabildikten sonra kimliği gizlenen tanığın beyanına itibar edilebilir. Aksi halde kim olduğu yargılamanın en başından beri belli olmayan, kendisine soru sorulamayan, açıklamaları yargılama boyunca şüpheli olan tanığın beyanının tek başına delil olarak kabul edilmesi hukuka uygun olmayacaktır.

AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde, öncelikle tehlike içinde bulunan tanığın kimliğinin gizlenerek dinlenmesinin gerçeğin ortaya çıkması için önemli ve zorunlu olduğunun somut olarak ortaya konulması gerekir. Söz konusu tanığa soru sorma imkânının sağlanarak delillerin güvenilirliğinin sınınaması için savunmaya yeterli imkân verilmesi ve bu suretle elde edilen tanık beyanına tek başına ya da önemli derecede sanığın mahkûmiyetinde belirleyici delil olarak dayanılmaması gerekir.

Bu kurum açısından asıl sorunun, tanığın kimliğinin en baştan taraflara açıklanmayarak gizli tutulması ve duruşmada dinlenirken kimliğinin açığa çıkmasına yol açabilecek nitelikte soruların sorulmasının engellenmesi olduğu açıktır. Olayın delilini tek başına ya da önemli ölçüde kimliği gizlenen tanığın beyanının oluşturduğu durumlarda tanığın beyanının güvenilirliğinin savunma tarafından sınınaması imkânı büyük ölçüde ortadan kaldırılmış olmaktadır. TKK hükümlerine göre hüküm sadece gizli tanığın beyanına dayandırılmasa da bu beyan esas alınarak koruma tedbirlerine başvurulması olanaklıdır. Bu durumda, haksız olarak koruma tedbirlerine başvurulması da ceza adaleti açısından sakıncalıdır. Bu gerekçeyle AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından ortaya konulan koşulların birlikte bulunması halinde, tanıklık yapması halinde

ciddi tehdit altında olan tanığın duruşmada dinlenmesi amacıyla gerekli ceza muhakemesi tedbirlerinin alınması, dinleme sırasında savunmaya tanığın beyanının güvenilirliğini sınama imkânı verilmesi, daha sonra da bu tanığın korunmasına yönelik olarak gerekli kolluk önlemlerinin alınması gerekir.

AİHM, daha önceki kararlarında hükmün tek başına gizli tanığın beyanına dayandırılmasını AİHM m.6'ya aykırı görmekteyken, Balta ve Demir /Türkiye ile Al Khawaja-Tahery/ İngiltere kararlarında, yerleşik içtihadından belli koşulların varlığı şartıyla ayrılarak, ek bazı güvencelerin bulunması halinde hükmün belirleyici veya önemli ölçüde kimliği gizlenen tanığın beyanına dayandırılmasının Sözleşme'ye aykırı olmayacağı yönünde karar vermiştir. Bu son içtihatlar açısından bakıldığında, TTK m. 9/f.8'deki "*hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez*" şeklindeki düzenlemenin AİHM içtihadına aykırı olmadığı, kimliği gizlenen tanığın beyanının Türk ceza yargılamasında daha zayıf ve diğer delillerle desteklenmesi gereken ikincil bir delil olarak kabul edildiği söylenebilir.

Sonuç olarak, ciddi bir tehlike içinde olan tanıkların beyanlarının hüküm için esaslı bir delil oluşturduğu hallerde kimlik bilgilerinin açıklanması, bu tanıklara soru sorulma imkânının savunma makamına da verilmesi, dinlendikten sonra bu tanığın korunması için gerekli kolluk tedbirlerinin sağlanması ideal olmalıdır. Ancak mevcut düzenlemelere bakıldığında, kimliği gizlenerek dinlenen tanığın beyanının tek başına hükme esas alınmayacağı yönündeki TTK m. 9/f.8'deki hükmün önemli bir güvence olduğu ve AİHM içtihadına aykırı olmadığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Ambos, Kai** (2004) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları- Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6”, (Çev. Y. Ünver), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Arslan, Mehmet** (2019) “Sanığın İddia Tanığını Sınama Hakkı- Özellikle Tehlike Altındaki Gizli Tanık Meselesi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C: 21, Özel Sayı, s.813-860.
- Centel Nur/Zafer, Hamide** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Dönmez, Burcu** (2016) “AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:127, s.121-156.
- Dratel, L. Joshua** (2007) “Sword or Shield? The Government's Selective Use of its Declassification Authority for Tactical Advantage in Criminal Prosecutions”, Cardozo Public Law Policy & Ethics Journal, Vol: 5, p.171-189.
- Eker Kazancı, Behiye** (2006) “Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 7, s.157-162.
- Gülşen, Recep** (2006) “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Teknoloji”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 7, s.150-157.
- Güngör, Devrim** (2015) “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 2, s.307-318.
- İnceoğlu, Sibel** (2018) Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, N: 4, Ankara.
- Karakehya, Hakan** (2013) “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan,

- Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2, s.715-733.
- Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan** (2006) “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 7, s.140-149.
- Kongar, Emre** “Sahtekâr Bir ‘Savcı, Gizli Tanık ve Sanık’ Portresi”, 9 Mayıs 2021 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.
- Lonati, Simone** (2018) “Anonymous Witness Evidence Before the European Court of Human Rights: Is It Still Possible to Speak of ‘Fair Trial?’”, European Criminal Law Review, Vol: 8, N:1, p.116-142.
- Maffei, Stefano** (2003) *Il Diritto al Confronto con L’accusatore*, Piecenza, Casa Editrice la Tribuna.
- Mahoney, Paul** (2004) “Right To a Fair Trial in Criminal Matters Under Article 6 ECHR”, Judicial Studies Institute Journal, Vol: 4, N: 2, p.107-129.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar** (2020) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, Bahri** (2010) “Anonim (Gizli) Tanıklık Tek Başına Mahkûmiyete Yeter mi?” *Fasikül Hukuk Dergisi*, Y: 2, S: 5, s.6-7.
- Öztürk Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar Kırt, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erden Tütüncü, Esra,** (2019) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Renzikowski, Joachim** (2004) “Adil Yargılanma ve Anonim Tanık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi”, (Çev. A.K. Yıldız), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Sarıbeyoğlu Meltem/Karakaya, Naim** (2007) “İletişimin Denetlenmesine İlişkin “İngiltere’ye Karşı P.G. ve J.H. Kararı” ve Türk Hukuku Yönünden Değerlendirme”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S: 10, s.215-231.
- Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan** (2021) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. 2, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- Taner, Fahri Gökçen** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Turhan, Faruk** (2009) “Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, 3. Yılında Ceza Adaleti Sistemi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Turhan, Faruk** (2009) Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Turhan, Faruk** (2020) “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 4, s. 359-409.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi İnsan Hakları Raporu**, (2013) Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayıncılık.
- Weigend, Thomas Weigend**, (2004) “Avrupa İki Ağızlı mı Konuşuyor?” (Çev. V. Ö. Özbek), Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

İnternet Adresleri:

22.04.2015 tarihli Habertürk Gazetesi'nin ilgili sayfası için bkz. <https://www.haberturk.com/gundem/haber/1068766-109-gizli-tanigin-kimligi-12sinin-de-yuzu-degisti.>, s.e.t. 25. 05. 2021.

21. 11. 2019 tarihli Hürriyet Gazetesi için bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/erzincandaki-ergenekon-davasinin-gizli-tanigi-olan-savci-bayram-bozkurta-fetoden-15-yil-hapis-41385874.>, s.e.t. 25.05.2021.

MAĞDURUN CEZA MUHALEMESİNDEKİ KONUMU AÇISINDAN TÜRK CEZA HUKUKU İLE İSLÂM CEZA HUKUKUNUN KARŞILAŞTIRILMASI*

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KAŞKA**

ÖZET

Bu çalışmada, Türk Ceza Hukuku ile İslâm Ceza Hukuku, mağdurun ceza muhakemesindeki konumu açısından karşılaştırılmaktadır. Karşılaştırma, mağdurlarla ilgili bazı hakların ve müesseselerin iki hukuk sistemindeki görünümüne göre yapılmıştır. Bu bağlamda, öncelikle şahsî dava ve şikâyet bakımından iki hukuk sistemi karşılaştırılmıştır. Daha sonra, şahsî hak davası, mağdurun uğradığı zararın giderilmesi koşulu/yaptırımı, ceza davasına katılma ve kanun yollarına başvurma hakkı bakımından bir karşılaştırma yapılmıştır. Nihayet yapılan son karşılaştırma, şikâyetin geri alınması ve uzlaştırma bakımındandır. Karşılaştırmanın sonucu olarak, İslâm Ceza Hukukuna göre yürütülen bir ceza muhakemesinde mağdurun unutulmadığı, mağdura ceza muhakemesi sürecinin her aşamasında etkin bir rol oynama imkânı verildiği belirtilmelidir. Bu imkân, kişi hakkının kamu hakkına nazaran daha yoğun olarak korunduğu suçlarda açıkça görülmektedir. Bu noktada, İslâm Ceza Hukukunda, kişi haklarına yönelik işlenen suçlar kavramının bulunduğu ifade edilmelidir. Türk Ceza Hukukunda ise bazı haklar ve müesseseler yoluyla mağdurun ceza muhakemesi sürecine dâhil edildiği görülmektedir. Bununla birlikte, Türk Ceza Hukukunda, İslâm Ceza Hukukunda kişi haklarına yönelik olduğu kabul edilen bazı suçlar ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesi bakımından, İslâm Ceza Hukukundan farklı bir yaklaşım benimsenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mağdur, İslâm Ceza Hukuku, Şahsî dava, Şikâyet, Onarıcı adalet.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.827564 – Geliş Tarihi: 17.11.2020 - Kabul Tarihi: 17.03.2021.

** Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, hkaska@aku.edu.tr, kaska.hakan09@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5763-0324.

COMPARING VICTIMS' POSITION IN TURKISH CRIMINAL LAW AND ISLAMIC CRIMINAL LAW

ABSTRACT

In this work, Turkish criminal law and Islamic criminal law are compared in terms of victims' position in criminal procedure. The comparison is made according to the appearance of victims in these legal systems. In this context, first of all, both of the legal systems were compared in terms of personal action and complaint. Later, a comparison was made in terms of personal rights, the condition/sanction of the victim to compensate the damage suffered, to participate in the criminal case and the right to seek legal remedies. Finally, the last comparison is made in terms of with draw a lot complaint and conciliation. As a result of the comparison, it should be noted that in a criminal procedure conducted in accordance with Islamic criminal law, the victim is not forgotten and an opportunity is given to the victim to play an active role in every stage of the criminal procedure. This is clearly seen in crimes which persons' rights are protected more strongly than public rights. At this point, it should be stated that there is a concept of crimes against personal rights in Islamic criminal law. In Turkish criminal law, it is seen that the victim is included in the criminal procedure process through rights and institutions. On the other hand, in Turkish criminal law, a different approach has been adopted.

Keywords: Victim, Islamic Criminal Law, Personal Action, Complaint, Restorative Justice.

GİRİŞ

Mağdur, haksızlık/hukuka aykırılık teşkil eden fiil¹ dolayısıyla hukukî değeri ihlal edilen gerçek kişidir. Hukukî değerin ihlal edilmesi, suç açısından değerlendirildiğinde suçun konusuna zarar verilmesi veya bunun zarar tehlikesine maruz bırakılması suretiyle gerçekleşmektedir². Mağdur kelimesi, Arapça kökenli olup, yine Arapça kökenli olan gadr kelimesinden isim-i mef'ûl'dür³. Gadr kelimesi ise “1. emniyeti sû-i istimâl, vefasızlık, hâinlik, hıyânet ... 2. merhametsizlik, merhametsizce muâmele, zulûm, sitem, cevr, cefâ ... 3. haksızlık, nâ-hâk yere ızrâr ...” ifadeleriyle açıklanmaktadır⁴. TDK Güncel Türkçe Sözlükte ise mağdur kelimesinin anlamı, “haksızlığa uğramış kimse” olarak verilmekte ve kelimeye, Türkçe kökenli kıygın sözcüğü karşılık gösterilmektedir⁵.

Sözlük anlamlarından hareket edildiğinde, haksızlık teşkil eden fiillerin türleri bulunmakla birlikte, mağdurun, bu fiillerin tamamı için ortak bir

¹ Hakikaten, haksızlık/hukuka aykırılık teşkil eden bir fiil bulunmadığında, mağdurdan ve dolayısıyla mağduriyet (mağdurluk) yani mağdur olma hâlden bahsedilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, hukuka uygun olan örneğin meşru müdafaa kapsamında olan bir fiilin mağduru yoktur. Örnekteki fiil dolayısıyla zarara uğrayan bir gerçek kişinin bulunması yanıltıcı olabilir; ancak hukuk düzeninde, bu fiilin işlenmesine cevaz verildiği, diğer deyişle, bu fiil, hukuka uygun kabul edildiği için bir mağdur/mağduriyet bulunmamaktadır. Nitekim fiili icra eden kişi de onun hukuka uygun olması nedeniyle bu fiilden sorumlu tutulmayacaktır. Bk. **Kunter, Nurullah** (1949) Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, s. 162, N. 110, s. 168, N. 115.

² **Gündoğdu, Raşit/Adıgüzel, Niyazi/Önal, Ebul Faruk** (2011) Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle) Şemseddin Sami, İstanbul, İdeal Kültür Yayıncılık, s. 1062; **Özgenç, İzzet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 202; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 114, 115. Tüzel kişilerin de suçun mağduru sıfatını alabileceği ifadesiyle, aksi yönde görüş için bk. **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1986) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 463, N. 1176; **Kunter, Nurullah** (1954) Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi: (Hareket – Netice – Sebepiyet alakası), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, s. 118, s. 92.

³ **Gündoğdu/Adıgüzel/Önal**, s. 1062.

⁴ **Gündoğdu/Adıgüzel/Önal**, s. 744.

⁵ <<http://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 21.10.2020.

kavram olduğunun söylenmesi gerekir. Bu bağlamda, örneğin, bir haksız fiilin mağdurundan⁶, bir kabahatin mağdurundan⁷, bir suçun mağdurundan⁸, bir silahlı çatışmanın/savaşın mağdurundan⁹ bahsedilebilecektir. Mâmâfih, bu çalışmanın konusunu, suç mağdurlarının ve ayrıca suçtan zarar görenin ceza muhakemesindeki konumu açısından Türk Ceza Hukuku ile İslâm Ceza Hukukunun karşılaştırılması oluşturmaktadır.

Mağdur kavramını açıklayan tanımlayıcı bir hukuk kuralı, Türk ceza mevzuatındaki genel kanunlarda bulunmamakla birlikte, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m. 4/1-p’de yer almaktadır. Buna göre, mezkûr Yönetmelikte yer alan mağdur kavramı, “*kendisine veya birinci dereceden aile üyelerinden birine karşı işlenen suçun fiziksel, duygusal veya maddi sonuçları sebebiyle desteğe ihtiyaç duyan kişiyi*” ifade etmektedir. Ayrıca Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı m. 2/1-g’de, mağdur kavramı, “*suç nedeniyle fiziksel, zihinsel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören kişi*” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰. 10 Haziran 2020 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 63 numaralı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair

⁶ Nitekim 6098 numaralı Türk Borçlar Kanunu m. 49/1’de, haksız fiille başkasına zarar verme ifadesiyle, mağdur kavramına işaret edilmiştir. 6098 numaralı TBK m. 49/1 – “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*”. Aynı anlama gelen ifadeler için bk. **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 12; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 386, 387.

⁷ **Kangal, Zeynel T.** (2019) Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 152, 153.

⁸ **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2020) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 201; **Demirbaş, Timur** (2020) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 577.

⁹ **Aksar, Yusuf** (2019) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – II, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 151.

¹⁰ Öğretide Bozdağ, kanun tasarısındaki mağdura ilişkin bu tanımlayıcı hukuk kuralında, suçtan zarar görme esas alındığı için sırf hareket suçlarının mağdurunun tespit edilmesinde kuralın yetersiz kalacağını ifade etmektedir. Bk. **Bozdağ, Ahmet** (2017) “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 132, s. 124.

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 2/1-d'de de mağdur aynı şekilde tanımlanmıştır¹¹.

Ceza hukuku ıstılahında, suçun mağduru, suçla korunan hukukî değer in sahibi olan kişidir. Öğretideki bir görüşe göre, mağduriyet yani mağdur olma hâli, ancak gerçek kişiler açısından söz konusu olabilir. Tüzel kişilerin, bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olmaları, mağduriyet kavramı ile değil, suçtan zarar görme kavramı ile izah edilebilir. Önemle belirtilmelidir ki, toplumun bir küll şeklinde ve gerçek kişilerden müteşekkil olduğu düşünülerek, mağdur sıfatının topluma izafe edilmesi mümkündür. Diğer deyişle, bazı suçlar açısından, bu suçların mağdurunun toplum olduğu söylenebilecektir. Buna karşılık, devletin, bir suç dolayısıyla mağdur olduğundan bahsedilmesi, daha doğru bir ifadeyle, bu suç dolayısıyla mağdur sıfatının devlete izafe edilmesi mümkün değildir. Bahis konusu suç dolayısıyla devletin yalnızca suçtan zarar gören olduğu söylenebilecektir¹².

Ceza hukuku açısından, mağdur kavramının yanı sıra açıklanması gereken bir kavram da suçtan zarar görendir. Suçtan zarar gören, bazı suçlar açısından, yukarıda belirtildiği üzere, suç dolayısıyla zarar gören tüzel kişileri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Bazı suçlar açısından yine mağduru ifade ettiği hâlde, bazı suçlar açısından da mağdurun yanı sıra suç dolayısıyla zarara uğrayan diğer kişileri ifade etmektedir. Örneğin, hırsızlık suçunda, mağdur, suçla korunan mülkiyete sahip olan kişidir. Bu suçta, suçtan zarar gören de yine suçla korunan mülkiyete sahip olan kişidir. Buna karşılık, örneğin, kasten öldürme suçunda, mağdur, yaşama hakkına sahip olan ve öldürülen kişidir. Bu suçta, suçtan zarar gören ise mağdurun yanı sıra onun mirasçılarınıdır. Bu nedenle, her mağdurun, aynı zamanda suçtan zarar gören

¹¹ 63 numaralı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 2 – “(1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanmasında; ... d) Mağdur: Suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişiyi, ... ifade eder.”

¹² **Özgenç**, s. 202-205; **Koca/Üzülmez**, s. 114, 115; **Hakeri, Hakan** (2020) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 142, 143. Aksi yönde görüş için bk. **Öztürk/Erdem**, s. 201, N. 317 (Yazarların ifadesiyle, “Suç, aynı zamanda devlet otoritesinin inkârı olduğuna ve suçun işlenmesi suretiyle bozulan toplum düzeninin önceki hâle getirilmesi devlete ait bir görev olduğuna göre, her suçun doğal ve zorunlu mağdurunun devlet olduğu söylenebilir.”); **Demirbaş**, s. 576.

olduğunun, bunun tersine olarak, her suçtan zarar görenin, aynı zamanda suçun mağduru olmadığıнын söylenmesi mümkündür¹³.

Bu çalışmada, mağdurun/suçtan zarar görenin ceza muhakemesindeki konumu açısından Türk Ceza Hukuku ile İslâm Ceza Hukuku karşılaştırılmaktadır. Çalışmada, İslâm hukukçularının görüşleri, karşılaştırmayı sağlamak için ve buna yetecek ölçüde incelenmiş; bu bağlamda, hangi mezhep hukukçularının hangi görüşte olduğu belirtilmemiştir. Kezâ, Osmanlı mevzuatına ve uygulamasına da karşılaştırmayı sağlamak için ve buna yetecek ölçüde yer verilmiştir. Karşılaştırmanın yapılabilmesi için metot olarak, üç ana başlık hâlinde bir inceleme takip edilmiştir. Buna göre, ilk ana başlığı, mağdurun ceza muhakemesi sürecini başlatabilmesini sağlayan haklar ve müesseseler açısından iki hukuk düzeninin karşılaştırılması oluşturmaktadır. İkinci ana başlık, mağdurun, ceza muhakemesi sürecine yalnızca dâhil olmasını sağlayan haklar veya müesseseler açısından iki hukuk düzeninin karşılaştırılması şeklindedir. Nihayet üçüncü başlık ise mağdurun ceza muhakemesi sürecini sona erdirebilmesini sağlayan haklar veya müesseseler açısından iki hukuk düzeninin karşılaştırılması şeklindedir. Bu noktada, ikinci başlıkta, “*yalnızca*” zarfının kullanılmasının nedeninin de açıklanması gerekir. Üçüncü başlığı oluşturan, mağdurun ceza muhakemesi sürecini sona erdirebilmesini sağlayan haklar veya müesseseler, tabii olarak, onun, bu sürece dâhil olmasını da sağlamaktadır. İkinci başlıkta, yalnızca zarfının kullanılması suretiyle, bunlardan farklı olarak, mağdurun ceza muhakemesi sürecini sona erdirebilmesini sağlamamakla birlikte ona dâhil olmasını sağlayan hakların veya müesseselerin inceleneceğine işaret edilmiştir.

¹³ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 304, 305; Akbulut, Berrin (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 342.

I. MAĞDURUN CEZA MUHALEMESİ SÜRECİNİ BAŞLATABİLMESİNİ SAĞLAYAN HAKLAR VE MÜESSESELER

A. ŞAHSİ DAVA

1412 numaralı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, mağdura, ceza muhakemesi sürecinde süje olma imkânı veren iki müessese bulunmaktaydı. Bu müesseselerden biri şahsî dava, diğeri ise şahsî hak davasıydı. Şahsî dava, bazı suçlarda, suçtan zarar gören kimsenin suçluyu doğrudan doğruya kendisinin takip ettiği kamu davasını ifade etmektedir. Şahsî dava ile suçtan zarar görene, istisnai olarak savcının yetkileri verilmiş, onun, savcı gibi ithamda bulunabilmesine imkân tanınmıştır¹⁴. Hatta CMUK m. 346'ya göre, suçtan zarar görene şahsî dava imkânının verildiği hâllerde, Cumhuriyet savcısının kamu davası açabilmesi için kamu menfaatinin bulunması koşulu aranacaktır. Keza, aynı Kanun'un 347'nci maddesinin ilk fıkrasına göre, bu tür davalar üzerine başlayan ceza muhakemesi sürecine Cumhuriyet savcısının iştirak etme mecburiyeti bulunmamaktadır¹⁵. Anlaşılabileceği üzere, şahsî dava yolunun konusunu oluşturan suçlarda, suçtan zarar görenin hakları, kamu hakkına nazaran üstün durumdadır¹⁶. Şahsî davada, suçtan zarar görenin, davayı açıp açmama hususunda kendi ihtiyarıyla

¹⁴ **Taner, M. Tahir** (1950) Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Bası, İstanbul, Duygu Matbaası, s. 85, 107; **Kunter, Nurullah** (1989) Muhakeme Hukuku Dahı Olarak: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 210, N. 109; **Tosun, Öztekin** (1981) Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Genel Kısım, Cilt: I, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakültelele Matbaası, s. 152; **Erem, Faruk** (1978) Ceza Usulü Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, s. 200, N. 95; **Yurtcan, Erdener** (1985) Şahsî Dava ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara, Işın Yayıncılık, s. 4, 6; **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer** (2002) Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 293, N. 288; **Yaşar, Osman** (1998) Açıklamalı ve İçtihatlı: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu: (Ceza Yargılama Yasası), Cilt: 3, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 2111; **Akdemir, Süleyman** (1988) Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması: sosyal gruplaşmaya yönelik yeni bir yaklaşım, İzmir, Akevlele Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları, s. 73, 74, N. 137.

¹⁵ Ayrıca bk. **Yurtcan** (1985), s. 90-93.

¹⁶ **Taner**, s. 85, 107; **Yurtcan** (1985), s. 23, 25; Aynı yöndeki CMUK m. 346'nın gerekçesi için bk. **Yaşar**, s. 2133; **Pamuk, Gülfem** (2012) Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 29.

hareket edebilmesi, açılan davayı takip edip etmeme veya davadan vazgeçme veya davayı geri alma hususunda yetki sahibi olması nazarı itibara alındığında¹⁷, bu dava yolu ile suçtan zarar görene, ceza muhakemesi sürecinde etkin olma imkânı verildiği açıktır. 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte, şahsî davaya son verilmiştir. Kanaatimizce, bunun, kanundaki bir eksiklik şeklinde değerlendirilmesi doğru değildir. Çünkü şikâyet müessesesi ve ceza davasına katılma, suçtan zarar gören açısından şahsî davanın ikamesi niteliğindedir¹⁸.

İslâm ceza muhakemesi hukukunda, şahsî davaya benzer bir müessesenin bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için 1879 Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı'ndan önceki ve sonraki dönem ayrı ayrı ele alınmalıdır; çünkü İslâm ceza muhakemesi hukukunda, bu Kanun-ı Muvakkat öncesinde savcılık müessesesi bulunmamaktaydı. İslâm ceza muhakemesi hukukuna savcılık müessesesi, 1879 tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı ile dâhil edilmiştir¹⁹. İslâm ceza muhakemesi hukukunda, şahsî davaya benzer bir müessese bulunup bulunmadığının, bu bağlamda ceza muhakemesi sürecinin başlatılma usulünün doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için suçlar açısından kabul edilen üçlü ayrıma göre inceleme yapılması gerekmektedir. İlk olarak, had cezasını gerektiren suçlara bakıldığında, kişi hakkının, kamu hakkına nazaran üstün bir konumda olduğu ifade edilen hırsızlık ve zina iftirası suçlarında, mağdurun dava açması ile birlikte ceza muhakemesi süreci başlayabilmektedir. Hırsızlık ve zina iftirası suçlarında, mağdurun şikâyeti, ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesi için bir koşul niteliğindedir. Kanun-ı Muvakkat'a kadar,

¹⁷ Erem, s. 200, N. 95; Kunter (1989), s. 221, N. 114; Tosun, s. 152, 163; Yurtcan (1985), s. 96; Öztürk/Erdem/Özbek, s. 297, N. 295.

¹⁸ Öğretide Şahin, uzlaştırmanın da bu cümleden bir müessese olduğunu belirtmektedir. Bk. Şahin, Cumhuriyet (2005) Ceza Muhakemesi Kanunu: Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 51; Ünver, Yener/Hakeri, Hakan (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 4, 5.

¹⁹ 1879 Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatının hükümleri için bk. Gökçen, Ahmet (1994) "1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1-2 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, s. 207-212.

savcılık müessesesi de bulunmadığı için bu suçlarda, şikâyet ile birlikte davayı da mağdur açmaktadır²⁰. Keza, kısas ve diyet suçlarında, bu suçlar da mağdurun veya suçtan zarar görenin şikâyeti ile takip edilebildiği için Kanun-ı Muvakkat öncesi dönemde, şikâyet ile birlikte davayı mağdur açmıştır²¹. Tazir suçlarında ise eğer kul hakkının kamu hakkına nazaran daha üstün şekilde korunduğu bir suç söz konusu ise davayı yine mağdur açmıştır²². 1879 tarihli Kanun-ı

²⁰ İslâm Ceza Hukuku öğretisinde, çoğunluğun görüşünün bu olduğu yönünde bk. **Muhammed Ebu Zehra** (1994) İslam Hukukunda Suç ve Ceza, 1, Tüfekçi, İbrahim (Çeviri), İstanbul, Kitabevi Yayınları, s. 60, N. 63, s. 61, N. 65, s. 62, N. 66; **Bilmen, Ömer Nasuhi** (1996) Fıkıh Terimleri Ansiklopedisi -İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu-, 3, Yücesoy, Hayrettin/Kılıç, Mehmet/Tığ, Ramazan/Tarı, Davut (Sadeleştirilenler), Ankara, Gündüz Gazetesi, s. 362, N. 643; **Üdeh, Abdulkâdir** (2012) Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukâyeseli İslâm Ceza (Suç) Hukuku – Özel Hükümler –, İkinci Cilt, 2. Baskı, Şafak, Ali (Çeviren ve Notlar Ekleyen), İstanbul, Kayıhan Yayınları, s. 544, N. 566, 567; **Şafak, Ali** (1977) Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Yayınları, s. 147; **Avcı, Mustafa** (2017) “İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 447, s. 447’de dipnot 35; **Yaman, Ahmet/Çalış, Halit** (2019) İslam Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Bilay Yayınları, s. 83; **Ekinci, Ekrem Buğra** (2018) İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, s. 316; **Cin, Halil/Akıymaz, Gül** (2018) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s. 252; **Çolak, Abdullah** (2019) İslâm Ceza Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Hikmetevi Yayınları, s. 110, 117; **Akalın, Adnan** (2019) İslam Hukukunda Hırsızlık Suçu – Çalınan Mal İle İlgili İhtilaflar –, İstanbul, Hiperyayın, s. 72, 73; **Akalın, Adnan** (2016) İslâm Hukukunda Devlete İsyân Suçu, Ankara, Fecr Yayınları, s. 45; **Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması, İstanbul, Eren Yayıncılık, s. 29, 30; **Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, Cihan** (2016) Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 57; **Polat, Murat** (2019) İslâm Ceza Hukukunda Suç-Ceza Dengesi, Ankara, Astana Yayınları, s. 87, 255; **Yılmaz, Mahmut** (2018) Kadim Medeniyetlerde ve İslâm Hukukunda Cezalar, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 149.

²¹ **Üdeh, Abdulkâdir** (2012) Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukâyeseli İslâm Ceza (Suç) Hukuku – Genel Hükümler –, Birinci Cilt, 2. Baskı, Şafak, Ali (Çeviren ve Notlar Ekleyen), İstanbul, Kayıhan Yayınları, s. 110, N. 51; **Kahveci, Nuri** (2019) Ana Hatlarıyla İslâm Ceza Hukuku, İstanbul, Ensar Neşriyat, s. 199 (Yazar, kısas cezasını talep etme hakkının, mağdurun veya suçtan zarar görenin psikolojik tatmin edilmesi amacıyla hizmet ettiğini ifade etmektedir. Aynı yönde bk. **Yılmaz, s. 273**); **Akman, s. 29**.

²² **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 110, N. 120; **Karaman, Hayreddin** (2019) Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku (Cilt 1) Giriş ve Amme Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat, s. 222;

Muvakkat ile birlikte, tüm suçlar için davayı savcıların açması kabul edilmiştir²³. Bununla birlikte, 1879 tarihli Kanun-ı Muvakkat'ta, bir cinayet veya cünha dolayısıyla zarara uğradığını yani mağdur olduğunu düşünenlerin, suçun işlendiği ve suçu işlediği düşünülen kişinin ikamet ettiği veya bulunabileceği yer müstantiki huzurunda şahsî dava açabileceklerine dair hüküm bulunmaktadır. Hatta cünha türünden olan suçlarda, mağdurun, doğrudan cünha mahkemesine şikâyetini arz edebileceği, dolayısıyla davasını da açabileceği yönünde hüküm vazedilmiştir²⁴. Buna karşılık, bir görüşe göre, 1879 tarihli Kanun-ı Muvakkat'ta, şahsî dava yer almamaktadır²⁵.

B. ŞİKÂYET

Şikâyet, ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesi için, bunun arandığı suçlarda, koşul niteliğinde olan (muhakeme koşulu olarak şikâyet) ve ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesini sağlayan (bir suçun işlendiği şüphesinin öğrenilmesi yolu olarak şikâyet) bir irade açıklamasıdır²⁶. Özellikle, ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesi için koşul niteliğinde olduğu hâllerde, şikâyetin bu şekilde düzenlenmiş olma amacı önem arz etmeksizin²⁷,

Karaman, Hayreddin (2016) Mukayeseli İslâm Hukuku I, 9. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık, s. 217; **Çolak**, s. 142.

²³ 1879 Kanun-ı Muvakkat m. 20 – “*Müddeiumumiler cünha ve cinayet derecesinde bulunan kaffe-i ceraimi taharri ve tecessüse ve mürtেকibi aleyhinde ikame-i davaya memurdurlar.*” Bk. **Gökçen**, s. 207.

²⁴ **Gökçen**, s. 213.

²⁵ **Ömeroğlu, Ömer** (1999) “Türk Ceza Yargılamasında Şahsi Dava ve Gerekliliği Sorunu” (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 13.

²⁶ **Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can** (2020) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Öztürk, Bahri (Editör), 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 46, 604, 619; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 110, 111, 191 (Şikâyetin bir muhakeme koşulu olmadığı hâllerde, suçtan zarar görenin, soruşturma evresinin başlamasını sağlayan irade açıklaması “*ihbar*” olarak adlandırılabilir. Bk. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 191.).

²⁷ Bazı suçlarla ilgili olarak şikâyetin bir muhakeme koşulu olarak düzenlenmesinin nedeni, bu suçlarda, suçtan zarar görenin kişisel zararının, kamu zararından fazla olması veya bu

mağdura etkin bir rol verilmesi ve onun sürece dâhil edilmiş olması söz konusudur. Şikâyetin, muhakeme koşulu olarak düzenlendiği hâllerde, Cumhuriyet savcısı, bir suçun işlendiğini bizzat görse veya bir suçun işlendiğine ilişkin şüpheyi farklı bir şekilde öğrense bile mağdurun bu yöndeki irade açıklaması olmaksızın, soruşturma işlemlerine devam edememektedir²⁸.

Şikâyet, bunun muhakeme koşulu olarak düzenlendiği suçlar açısından, mağdura bir hak olarak tanınmıştır. Öğretide, bu hakkın, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu ifade edilmektedir²⁹. Şikâyet hakkına sahip olan kişi, suçla korunan hukukî değer sahibi olan, yani suçtan doğrudan doğruya zarar gören gerçek veya tüzel kişidir. Bununla birlikte, mağdurun küçük veya akıl hastası olması hâlinde, bu kişilerin kanuni temsilcilerinin de şikâyet hakkını kullanması, keza, şikâyetin, avukat veya tüzel kişiler söz konusu olduğunda, bunların yetkili organları vasıtasıyla yapılması mümkündür³⁰. Mağdur, şikâyet hakkını kullanmak suretiyle ceza muhakemesi sürecinin başlatılması, koşulları oluşmuşsa ceza davasının açılması ve failin cezalandırılması sonuçlarını elde edebilmektedir. Bu durumda, şikâyet hakkının, 1982 Anayasası m. 36/1'deki hak arama hürriyetinden yararlanmayı sağlayan bir hak olduğu söylenmelidir³¹.

suçların daha çok aleyhlerine suç işlenen kişileri ilgilendirmesi şeklinde izah edilmektedir. Şikâyetin bazı suçlarla ilgili olarak bir muhakeme koşulu olarak düzenlenmesindeki amacın, suçtan zarar görenin zararının dava açılarak artırılmaması olduğu da ifade edilmektedir. Örneğin hakaret suçuna ilişkin bir ceza muhakemesi süreci başlatıldığında ve ceza davası da açıldığında, hakarete uğrayan kişinin zararı, hakaretin içeriğinin herkes tarafından öğrenilmesi yüzünden artabilir. İfade edilmelidir ki gerek bu nedenlerde gerek bu amaçta, mağdurun dikkate alınması söz konusudur. Söz konusu nedenler ve amaç için bk. **Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 586, 587; **Akdemir**, s. 77, N. 141, s. 77'de dipnot 24.

²⁸ **Koca/Üzülmez**, s. 383.

²⁹ **Hakeri**, s. 120; **Zafer, Hamide** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m. 1-75, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 427.

³⁰ **İçel, Kayıhan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 237, 238.

³¹ 1982 Anayasası m. 36 (A. Hak arama hürriyeti) – “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.(f. 1)” Yargıtay 4. HD'nin E: 2019/530 K: 2019/2167 numaralı ve 10.04.2019 tarihli kararında, aynı yönde ifadeler yer almaktadır: “Şikâyet hakkı, diğer bir deyimle hak arama özgürlüğü; Anayasa'nın 36. maddesinde;

İslâm Ceza Hukukunda şikâyet müessesesinin bulunup bulunmadığı, yine suçlar açısından kabul edilen üçlü ayrıma göre incelenmelidir. Had suçlarından olan hırsızlık ve zina iftirası suçlarında, bu suçlarla ilgili ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesi için şikâyet, bir koşul niteliğindedir³². Kısas ve diyet suçları açısından da aynı durum geçerlidir³³. Tazir suçlarında ise kişi haklarına yönelik suçlarda aynı durumun geçerli olduğu, İslâm Ceza Hukuku öğretisinde ifade edilmektedir³⁴. Öz itibarıyla, İslâm Ceza Hukukunda, kişi hakkının kamu hakkına nazaran daha üstün şekilde korunduğu suçlarla ilgili ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesi için mutlaka mağdurun veya suçtan zarar görenin şikâyeti gerekmektedir³⁵. Bunun nedeni³⁶, suçun

“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” şeklinde yer almıştır. Hak arama özgürlüğü bu şekilde güvence altına alınmış olup; kişiler, gerek yargı mercileri önünde gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendilerine zarar verenlere karşı haklarının korunmasını, yasal işlem yapılmasını ve cezalandırılmalarını isteme hak ve yetkilerine sahiptir.” Karar için bk.

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> s.e.t. 27.06.2019.

- ³² **Ekinci**, s. 293, 316; **Şafak**, s. 147; **Üdeh** (2012b), s. 544, N. 566; **Cin/Akyılmaz**, s. 252, 256; **Avcı, Mustafa** (2018) Osmanlı Ceza Hukuku – I – Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 269; **Aydın, M. Âkif** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 11. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 159, 186, 191, 192; **Yaman/Çalış**, s. 83, 102, 103; **Çolak**, s. 145; **Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu**, s. 57; **Yılmaz**, s. 149; **Polat**, s. 87, 255.
- ³³ **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 95, N. 102; **Ekinci**, s. 294; **Aydın**, s. 159; **Yaman/Çalış**, s. 83; **Çolak**, s. 145.
- ³⁴ **Karaman** (2019), s. 222; **Ekinci**, s. 294; **Avcı** (2018), s. 48; **Aydın**, s. 159, 160; **Yaman/Çalış**, s. 83; **Polat**, s. 189; **Çolak**, s. 145.
- ³⁵ **Akalın** (2016), s. 50; **Çolak**, s. 145. 1879 tarihli Kanun-ı Muvakkat'ta ise, şikâyetin bir koşul olmaktan ziyade, suç şüphesinin öğrenilmesinin bir yolu veya ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesini sağlayan bir hak olarak düzenlendiği müşahede edilmektedir. Bk. **Gökçen**, s. 213 (Bk. 1879 Kanun-ı Muvakkat m. 58, 59).
- ³⁶ Yine de örneğin zina iftirası suçu açısından bakıldığında, bu suçla ilgili ceza muhakemesi sürecinin başlatılabilmesi için şikâyetin aranmasının amacı olarak mağdurun, iftiranın içeriğini oluşturan fiilin duyulmasını istememesi zikredilebilir. Daha açık ifadeyle, mağdur, bir de bu iftiranın duyulmasıyla ortaya çıkacak eziyeti tahmil etmek istemeyebilir. Bununla birlikte, mezkûr amaç dahi mağdurun iradesine verilen önem nazarı itibara alındığında, zina iftirası suçunda şikâyetin, kişi hakkının kamu hakkına nazaran daha üstün bir şekilde korunduğu bir suç olması dolayısıyla kabul edilmesi nedeninin içerisinde değerlendirilebilir. Bk. **Avcı** (2017), s. 447, s. 447'de dipnot 37; **Cin/Akyılmaz**, s. 253; **Aydın**, s. 159.

konusunun, belli/belirlenebilir bir gerçek kişi mağdura ait olmasıdır. Esas itibarıyla, kişi hakkının, kamu hakkına nazaran daha üstün şekilde korunması ile kastedilen de budur³⁷. Bu noktada, günümüz hukukunda olduğu gibi bahse konu suçların, takibi şikâyete bağlı suçlar olarak tavsif edilmesinin mümkün olduğu ifade edilmelidir³⁸.

II. MAĞDURUN CEZA MUHAKEMESİ SÜRECİNE YALNIZCA DÂHİL OLABİLMESİNİ SAĞLAYAN HAKLAR VE MÜESSESELER

Çalışmanın bu başlığında, yalnızca zarfının kullanılmasının nedeni, çalışmadaki III. numaralı başlığın, “*Mağdurun Ceza Muhakemesi Sürecini Sona Erdirebilmesini Sağlayan Müesseseler*” olması ve bu başlık altında ele alınan şikâyetin geri alınmasının ve uzlaştırma müessesesinin, aynı zamanda, mağdurun ceza muhakemesini sürecine dâhil olabilmesini sağlamasıdır. II. numaralı bu başlık altında, mağdurun ceza muhakemesi sürecini sona erdirebilmesini sağlamamakla birlikte, bu sürece dâhil olabilmesini sağlayan haklar/müesseseler ele alınacaktır.

A. ŞAHSİ HAK DAVASI

Şahsî hak davası CMUK m. 350/2’ye ve m. 365/2’ye göre, şahsî dava açan veya açılmış bir kamu davasına müdahil olan yani katılan sıfatını elde eden

³⁷ **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 59, N. 63, s. 85, N. 91 (İslâm Ceza Hukuku öğretisinde **Muhammed Ebu Zehra**’nın şu ifadeleri de aynı yöndedir: “Allah hakkı yanında kul hakkının da bulunduğu cezalar, hırsızlık ve zina iftirası cezasıdır. Bununla kul hakkının gücünün birbirinden farklı olduğunu da belirtelim. Çünkü hırsızlık mal aleyhine işlenmiş bir suçtur. Malın mutlaka bir sahibi vardır. Dokunulmaz, korunmuş ve gerektiği şekilde koruma altına alınmış olan mülkiyet unsuru bu suçun mahiyetini oluşturan unsurlardan birisidir. Çünkü hırsızlık suçu, gerektiği şekilde koruma altında olan dokunulmaz mülkiyet varsa gerçekleşir.” Bk. **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 59, N. 63.); **Bilmen**, s. 361, 362, N. 643. Başka bir ifadeyle, bu suçlar, doğrudan kişi haklarına yöneliktir. Bk. **Akalın** (2016), s. 45. Nitekim bu nedenledir ki, cezası nass ile tayin edilmiş olmakla birlikte, Hanefi mezhebine mensup hukukçuların, kısası had cezası saymadıkları, onun kul hakkı olduğunu kabul ettikleri ifade edilmiştir. Bk. **Şafak**, s. 65; **Aydın**, s. 158.

³⁸ İslâm Ceza Hukuku açısından şahsî suçların, takibi şikâyete bağlı suçlar olarak da adlandırıldığı yönünde bk. **Kahveci**, s. 129, 268.

suçtan zarar görenin, aynı zamanda haksız fiil teşkil eden suç³⁹ dolayısıyla uğradığı zararlarının giderilmesini, ceza mahkemesinden talep etmesidir. Bu durumda, esas itibarıyla, hukuk muhakemesinin konusu olan ve hukuk mahkemelerinin görev alanına giren bir talep hakkında ceza mahkemeleri tarafından karar verilmektedir⁴⁰. Öğretide, ceza mahkemesince, zararın aynen iade veya tazminat yolu ile giderilebileceği görüşü ileri sürülmüştür⁴¹. Şahsi hak talebinin konusunun ise geniş yorumlanamayacağı ifade edilmiştir⁴².

Şahsi hak davasının, suçtan zarar görenin, hukuk mahkemelerinde ayrı bir dava açmak ile uğraşmadan, ceza mahkemelerinde zararının giderilmesini istemeye imkân veren bir müessese olduğunun söylenmesi mümkündür. Şahsi dava gibi şahsi hak davasına da CMK ile birlikte son verilmiştir. Mağdurun, suç dolayısıyla oluşan zararlarının tazminini talep etmesi hâlinde, artık hukuk mahkemelerinde bir tazminat davası açması gerekmektedir.

İslâm Ceza Hukukunda, şahsi hak davasına benzer bir müessesesinin bulunup bulunmadığı hususunda, kısas ve diyet cezasını gerektiren suçlara bakılmalıdır. Hakikaten bu suçlarda, zaten ceza hukuku yaptırımlarından birini diyet oluşturmaktadır⁴³. Diyet, suçun, mağdur veya suçtan zarar gören açısından oluşturduğu zararın giderilmesine yönelik, yani tazminat mahiyetinde olan, mali nitelikli bir ceza hukuku yaptırımıdır⁴⁴. Şahsi hak davasından farklı olarak, mağdurun veya suçtan zarar görenin, zararının giderilmesine yönelik bir yaptırım olan diyeti ayrıca talep etmesine gerek

³⁹ **Tosun**, s. 160.

⁴⁰ **Taner**, s. 84, 85; **Kunter** (1989), s. 214, N. 110, s. 231, N. 120; **Tosun**, s. 160, 161; **Erem**, s. 200, N. 95, s. 201, N. 96; **Yurtcan** (1985), s. 189, 190; **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 301, N. 311; **Yaşar**, s. 2180, 2258.

⁴¹ **Taner**, s. 86; **Erem**, s. 201, N. 96 (Bununla birlikte, öğretide **Erem**'e göre, bazı yabancı kanunlarda, zararın giderilmesi yolları olarak yalnızca aynen iadenin ve tazminatın açıkça düzenlenmiş olmasından hareketle, CMUK açısından da bu yollar dışında bir talepte bulunulup bulunulamayacağına tereddüt edilebilecektir. Bk. **Erem**, s. 201, N. 95.).

⁴² **Erem**, s. 201, 202, N. 96.

⁴³ **Avcı** (2018), s. 395; **Kahveci**, s. 199

⁴⁴ **Erdoğan, Mehmet** (2016) Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 6. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat, s. 107; **Polat**, s. 201, 202.

yoktur⁴⁵. Bununla birlikte, mağdurun veya suçtan zarar görenin, af veya sulh müesseseleri yoluyla diyet yaptırımının uygulanmamasını sağlaması da mümkündür⁴⁶. İslâm Ceza Hukukunda, had cezasını gerektiren suçlarda ise hırsızlık suçunda mağdurun zararının giderilmesi söz konusudur. Bu bağlamda, hırsızlık suçunda, had cezasının tatbikinin yanı sıra, mağdura ait olan malın mevcutsa aynen iadesine, mal mevcut değilse bunun nakden tazminine karar verilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁴⁷. Diyet yaptırımında olduğu gibi, burada da mağdurun malın iadesini veya nakden tazminini talep etmesine gerek yoktur. Tazir cezasını gerektiren suçlarla ilgili bazı düzenlemelerde ise bir yaptırım olarak mağdurun zararının da giderileceği ifade edilmiştir⁴⁸. Burada da yine mağdurun zararın tazminini talep etmesi gerekmemektedir. Buna karşılık, 1879 tarihli Kanun-ı Muvakkat'ta, suç dolayısıyla uğranılan zararın tazmininin, bunun şahsî hak davası ile talep edilmesine bağlı olduğu hükmü bulunmaktadır. Anlaşılacağı üzere, şahsî hak davası, 1879 tarihli Kanun-ı Muvakkat'ta da düzenlenmiştir⁴⁹.

⁴⁵ **Üdeh** (2012a), s. 679, N. 471; Hâlbuki günümüz hukukunda, mağdurun, onun zararlarının tazmini için hukuk mahkemelerinde ayrıca bir dava ki, tazminat davası açması gerekmektedir. **Kahveci**, s. 199, 200.

Bununla birlikte, Ebû Hanîfe ve Mâlik'e göre, kısas affedilirken, diyet üzerinde de anlaşma yapılmamış ise kısas düşeceği gibi, artık diyet ödenmesi de gerekmez. Bk. **Karaman** (2019), s. 215, 216.

⁴⁶ **Üdeh** (2012a), s. 679, N. 471.

⁴⁷ Anlaşılacağı üzere, burada mağduriyetin giderilmesine yönelik bir yaptırım söz konusudur. Bununla birlikte, aynen veya nakden tazmin için had cezasının uygulanmamış olması gerektiği; zira cezanın ve tazminin bir arada bulunamayacağı da ifade edilmiştir. Bk. **Bilmen**, s. 412, 413, N. 791, 795, **Ekinci**, s. 316; **Şafak**, s. 167. Bu hususta aksi görüş ve bu görüşü ileri sürenler için bk. **Bilmen**, s. 414, N. 795; **Şafak**, s. 168.

⁴⁸ Örneğin bk. 1858 tarihli Ceza Kânûnname-i Hümayûnu m. 244 "... mutazzarr olan şahsın hakkı ifa ettirildikten sonra ..." , m. 245 "... hayvanat sâhibinin zararı tazmin ettirilir ..." , m. 246 "... Ve zarar ve ziyân tazmin ettirildikten sonra ..." , m. 247 "... vuku bulan zarar tazmin ettirildikten sonra ..." , m. 249 "... Ve mazarrat-ı vakıa tazmin ettirildikten sonra ..." . Madde hükümleri için bk. **Akgündüz, Ahmet** (2011) İslâm ve Osmanlı Hukûk Külliyyâtı, Birinci Cild: Kamu Hukuku: (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumî), İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 652, 653.

⁴⁹ 1879 tarihli Kanun-ı Muvakkat m. 1, m. 3 için bk. **Gökçen**, s. 203.

B. MAĞDURUN UĞRADIĞI ZARARIN GİDERİLMESİ KOŞULU VE YAPTIRIMI

Türk Ceza Hukukunda ve ceza muhakemesi hukukunda bazı müesseselerin uygulanabilmesi için gereken mağdurun uğradığı zararın giderilmesi koşulu, keza kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan biri olan mağdurun uğradığı zararın giderilmesi⁵⁰, mağdurun, ceza muhakemesi sürecine dâhil edilmesine ilişkin uygulamalar niteliğindedir. Zararın giderilmesi yaptırımı/koşulu ile birlikte hem mağdur, ceza muhakemesi sürecine dâhil edilmekte hem de failin, mağdura verdiği zararı gidermesi suretiyle işlediği suçtan pişmanlık duyması sağlanmakta, böylelikle onarıcı adalet anlayışına uygun hareket edilmiş olmaktadır⁵¹.

5237 numaralı Türk Ceza Kanunu'nun Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar başlığını taşıyan 50. maddesine göre, kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine çevrilmesi mümkündür.

Zararın giderilmesi; hapis cezasının ertelenmesi⁵², kamu davasının açılmasının ertelenmesi⁵³ ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması⁵⁴ müesseselerinde ise bir koşul olarak yer almaktadır. Hapis cezasının

⁵⁰ Öğretide **Özgenç**, kısa süreli hapis cezası yerine mağdurun zararının tazminine hükmedilmiş olması hâlinde, bunun bir tedbir olmadığı gibi, bir ceza veya diğer bir yaptırım da olmadığını ifade etmektedir. **Özgenç**, s. 716.

⁵¹ **Kaplan, Mahmut** (2015) "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 60, 62, 83, 84.

⁵² TCK m. 51/2 – "Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. ..."

⁵³ CMK m. 171/3 – "(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için; ... d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir."

⁵⁴ CMK m. 231/6 – "(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; ... c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. ..."

ertelenmesi müessesesinde zararın giderilmesi koşulu, diğer erteleme türlerindeki zararın giderilmesi koşulundan farklı olarak takdir niteliktedir⁵⁵. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında ise zararın giderilmesi, bu müesseselerin uygulanabilmesinin zorunlu bir koşulu niteliğindedir. Bu nedenle, işlenen suç dolayısıyla mağdurun zararının ortaya çıktığı hâllerde, zarar giderilmeden erteleme kararı verilmesi mümkün değildir.

Bazı suçlarla ilgili olarak, fail, azmettiren veya yardım eden hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için zararın giderilmesinin bir koşul olarak öngörüldüğü hâller de bulunmaktadır. Örneğin, TCK m. 168/1'de ve m. 168/5'te, bu yönde hükümler yer almaktadır.

İslâm Ceza Hukukunda, mağdurun veya suçtan zarar görenin, suç dolayısıyla uğradığı zararın giderilmesi, bazı müesseselerin uygulanması açısından bir koşul değil, bilakis bir yaptırım türü olarak – ki diyet yaptırımı şeklinde – yer almaktadır⁵⁶. İslâm Ceza Hukukunda, mağdurun veya suçtan zarar görenin, suç dolayısıyla uğradığı zararın giderilmesi hususunda âkile ve kasâme müesseselerinin de incelenmesi gerekmektedir. Âkile, İslâm Ceza Hukukunda, kasten öldürme dışındaki öldürme suçlarında, fail dışında diyetin ödenmesine katılan, örneğin failin kan yoluyla akrabası olan kişiler anlamına

⁵⁵ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 832; **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem** (2016) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 652. Mâmâfih öğretide **Özgenç**, hapis cezasının ertelenmesi müessesesi açısından zararın giderilmesinin zorunlu koşul olduğu görüşündedir. Özgenç, bu görüşünde, TCK m. 51/2'de, zararın giderilmesi için kullanılan *tamamen* ibaresinden hareket etmektedir. Buna göre, işlenen suç dolayısıyla mağdur açısından bir zararın ortaya çıktığı hâllerde, bu zarar giderilmeden, hapis cezasının ertelenmesine karar verilemeyecektir. Çünkü zararın kısmen tazmini hâlinde hapis cezasının ertelenmesine karar verilemeyen bir sistemde, evleviyetle zararın hiç giderilmemesi hâlinde de hapis cezasının ertelenmesine karar verilemeyecektir. Bk. **Özgenç**, s. 739.

İşlenen suçun mağdur açısından bir zararı ortaya çıkarttığı hâllerde, failin pişmanlık duymasının sağlanması ve sorumluluk bilincinin kuvvetlendirilmesi için bu zarar giderilmeden erteleme kararı verilmemesi gerektiği, aksi bir uygulamanın, hakkaniyete uygun düşmeyeceği gibi, adil de olmayacağı yönünde bk. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 832.

⁵⁶ **Kahveci**, s. 199; **Polat**, s. 201, 202.

gelmektedir⁵⁷. Kasâme ise bir bölgede, üzerinde öldürüldüğüne dair iz bulunan bir kişinin bulunması ve işlendiği düşünülen öldürme suçunun failinin belli olmaması hâlinde, o bölge halkından elli kişiye suçu işlemediklerine ve katili bilmediklerine dair yemin ettirilmesi, ardından da diyetin o bölge halkına ödettirilmesi demektir⁵⁸. Bu müesseselerin, modern ceza hukuklarına hâkim olan, ceza sorumluluğunun şahsılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ifade edenler olduğu gibi, bir sosyal kontrol mekanizması oluşturduğunu, keza sosyal dayanışmayı gerçekleştirdiğini ifade edenler de bulunmaktadır⁵⁹. Çalışma konusu açısından bu müesseseler incelendiğinde, suç dolayısıyla ortaya çıkan zararın bir şekilde, ama mutlaka giderilmesini sağladığına önemle işaret edilmelidir⁶⁰. Hakikaten failin zararı karşılayamayacak olması hâlinde bile, âkilesinin zararı ödemesi suretiyle, mağdurun/suçtan zarar görenin zararı

⁵⁷ Şafak, s. 102; Cin/Akyılmaz, s. 245; Aydın, s. 201, 202; Ekinci, s. 331.

⁵⁸ Bardakoğlu, Ali, TDV İslâm Ansiklopedisi, “Diyet”, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/diyet>> s.e.t. 02.11.2020; Bilmen, s. 115, N. 104; Akşit, Mustafa Cevat (2015) İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık, s. 139; Muhammed Ebu Zehra (1994) İslam Hukukunda Suç ve Ceza, 2, Tüfekçi, İbrahim (Çeviri), İstanbul, Kitabevi Yayınları, s. 508, N. 381; Cin/Akyılmaz, s. 245, 246; Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal (2011) Türk Hukuk Tarihi, 15. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, s. 95; Ekinci, s. 332; Şafak, s. 118; Erdoğan, s. 293.

⁵⁹ Ekinci, s. 332; Akşit, s. 138; Şafak, s. 103, 120; Bilmen, s. 156, N. 239, 240, s. 267, N. 471, s. 268, N. 474; Üdeh (2012a), s. 684, 685, N. 472/b; Cin/Akyılmaz, s. 245; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 95; Aydın, s. 201; Akman, s. 96; Erdoğan, s. 293. Nitekim öğretilerde Ekinci, akileyi, “âkile, aralarında yardımlaşma ve dayanışma bulunan, birbirlerinin hareketlerini murakabe etmesi ve yekdiğeriyle alâkadar olması lâzım gelen insanlar topluluğu” şeklinde tanımlamaktadır. Bk. Ekinci, s. 331; Aynı yönde tanımlama için bk. Şafak, s. 102.

⁶⁰ Bu noktada âkilenin yalnızca suçlunun akrabalarından ibaret olmadığı; suçlunun hiç âkilesinin olmadığı veya âkilesinin diyeti ödeyecek durumda olmadığı hâllerde, devlet hazinesinin akile yerine geçtiği ve zararın giderildiği belirtilmelidir. Yine kasâmede, kişinin, “umuma mahsus” bir yerde veya öyle bir yerde bir törenin icrası sırasında kalabalık arasında öldürülmesi söz konusuysa devletin yeteri kadar tedbir almaması sebebiyle diyet, devlet hazinesi tarafından ödenir. Şafak, s. 104, 120; Bilmen, s. 153, N. 237, s. 155, N. 238, s. 268, N. 474; Akman, s. 99.

mutlaka giderilmektedir⁶¹. Keza, kasâme müessesesi, öldürme suçlarında, suçun faili belli olmasa bile, diyetin mutlaka ödenmesini sağlamaktadır⁶².

Türk Ceza Hukukunda, İslâm Ceza Hukukundan farklı olarak, ceza muhakemesi sürecinde mağdurun zararın giderilmesine, özellikle CMK ile birlikte şahsî hak davasının da kaldırılmış olması nazarı itibara alındığında, yeterince önem verilmemektedir. Oysaki mahkûmiyete hükmedildiğinde, suç dolayısıyla ceza hukuku yaptırımlarına karar verilmişken, yine bu suç dolayısıyla ortaya çıkan zararının tazmini için mağdurdan hukuk mahkemelerinde ayrı bir dava açmasının beklenmesi, onun açısından bir külfettir ve onun âdeta yeniden mağdur olmasına yol açacaktır⁶³. Kanaatimizce, ceza davasına katılanın hakları arasında suç dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazminine de yer verilmeli, talep hâlinde, suç dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazminine de ceza mahkemesi tarafından karar verilmelidir. Böylelikle suç dolayısıyla uğradığı zararı tazmin ettirmek isteyen mağdurun, dava açılabilmesi için özel bir bilginin, keza, bu bilginin edinilebilmesi için de belirli bir zaman ve maliyetin gerektiği, davaların ise uzun sürdüğü hukuk mahkemelerinde⁶⁴

⁶¹ **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 20, N. 15; **Muhammed Ebu Zehra** (1994b), s. 48, N. 37; **Bilmen**, s. 156, N. 239, 240, s. 268, N. 473, 474; **Üdeh** (2012a), s. 684, 685, N. 472/b; **Akşit**, s. 138, 139; **Şafak**, s. 104, 105; **Akdemir**, s. 56, N. 97; **Büyükbaş, Nazım** (2017) “İslam Ceza Hukukunda Mağdurun ve Kamu Vicdanının Teskini”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 470.

⁶² **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 21, N. 16; **Muhammed Ebu Zehra** (1994b), s. 508, N. 381, s. 521, N. 392, s. 547, 548, N. 412; **Şafak**, s. 120.

⁶³ Bu yöndeki bir eleştiri için bk. **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 29, N. 25/C; **Muhammed Ebu Zehra** (1994b), s. 46, N. 35; **Centel, Nur/Zafer, Hamide** (2017) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 918 (Öğretide **Centel/Zafer**, bu hususta “Mağdurun ceza muhakemesinde etkinliğini artıracak hükümler öngörüp, zararlarının giderilmesine ilişkin olanakları daraltmak tutarlı değildir.” ifadelerini kullanmaktadır.); **Kafes, Veli** (2011) “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 60, S: 1, s. 128; **Açıkgözoğlu, Muhammet** (2000) Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Ankara, Adil Yayınevi, s. 59.

⁶⁴ Bu hususta, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün yayınlamış olduğu 2019 yılına ait Adli İstatistiklere bakıldığında, hukuk yargılamasında dosyaların ortalama görülme süresinin tüm mahkemelerin genelinde 280 gün olduğu görülmektedir. Mahkemeler özelinde ise bu

ayrı bir dava açması sorunu ortadan kaldırılmış olacaktır⁶⁵. Yine adalete olan güven duygusunu, sosyal barışı kuvvetlendireceği düşüncesiyle, özellikle öldürme ve yaralama suçlarında, mağdurun talepte bulunmasına rağmen failin suç dolayısıyla ortaya çıkan zararı tazmin edememesi hâlinde, bu zararın devlet tarafından giderilmesine yönelik düzenlemelerin yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir⁶⁶.

C. CEZA DAVASINA KATILMA

Suç teşkil eden fiillerin büyük bir kısmı, ilgili suçla korunan hukukî değerlerin sahibi olan belli bir kişinin mağduriyetine sebep olmaktadır. Diğer ifadeyle, suçların büyük bir çoğunluğunda, o suçun maddi unsurlarından birini, mağdur sıfatıyla belli bir kişi oluşturmaktadır. Bu noktada, her ne kadar, ceza davası, mağdurun, failden intikamı için bir araç değilse de suçla bir hukukî menfaatin ihlal edilmiş olması nazarı itibara alınarak, mağdura, ceza muhakemesi sürecinde daha geniş yer verilmelidir⁶⁷. Davaya katılma, bunun gerçekleştirilmesini sağlayan haklardan biridir. Katılma yoluyla, mağdur, ceza muhakemesi sürecinde daha önemli bir konum sahibi olmakta, ona, süreçte daha aktif olma imkânı tanınmış olmaktadır. Mağdur, açılmış bir ceza davasına katılmak suretiyle, maddi gerçeğe ulaşılması amacına hizmet edeceği gibi, kendi delillerini ortaya koyarak hem mağduriyetini dile getirebilecek hem de faile verilecek cezanın belirlenmesinde etkin rol oynayabilecektir⁶⁸.

süre, örneğin asliye hukuk mahkemelerinde 425 gün, asliye ticaret mahkemelerinde 547 gün, iş mahkemelerinde 555 gündür. Bk. **Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü** (2019) Adli İstatistikler, Ankara, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>> s.e.t. 17.11.2020, s. 140. Hâlbuki ceza yargılamasında dosyaların ortalama görülmesi süresi, örneğin, asliye ceza mahkemelerinde 289 gün, ağır ceza mahkemelerinde 260 gün olup, tüm mahkemelerin genelinde ise 270 gündür. **Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü**, s. 32.

⁶⁵ **Açıkgözoğlu**, s. 59, 60, 86; **Centel/Zafer**, s. 918.

⁶⁶ **Akdemir**, s. 83, 84, N. 152-154, s. 130, N. 267; **Karakaş Doğan, Fatma** (2011) “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 95, s. 212, 213; **Bardakoğlu**, dn. 60.

⁶⁷ **Erem**, s. 67, N. 29.

⁶⁸ **Karakehya, Hakan** (2019) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Eskişehir, Nisan Kitabevi, s. 497, 498.

CMK m. 238/1'e göre, katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle gerçekleşecektir. Katılma hakkına sahip olanlar, CMK m. 237/1'e göre, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlardır. Mezkûr hükümde, mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarına ayrı ayrı yer verilmiş olması, kanun koyucunun, suçtan dolayı zarar gören kişilerin de katılma talebinde bulunmasını kabul edip etmediği yönünde bir meseleyi ortaya çıkarmaktadır. Belirtilmelidir ki, öğretide, suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanması gerektiği görüşü hâkimdir⁶⁹. Buna karşılık, kanaatimizce, onarıcı adaletin ve mağdurun/suçtan zarar görenin, ceza muhakemesi sürecine mümkün olduğunca dâhil edilmesi anlayışının bir gereği olarak, suçun koruduğu hukukî değerle yakın veya daha doğru bir ifadeyle, haklı bir ilgisi bulunan kişilerin de kamu davasına katılma hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi ve suçtan zarar gören kavramının bu kabul doğrultusunda yorumlanması gerekir⁷⁰.

İslâm Ceza Hukukunda, ceza davasına katılma hakkı bakımından, öğretide açık bir görüş belirtilmemiş olsa da örneğin kısas cezasında olduğu gibi, cezanın infazı sırasında suçtan zarar görenin hazır bulunma hakkının kabul edildiği bir sistemde, ceza davasına katılmanın da kabul edileceği evleviyetle ifade edilebilir⁷¹. Bu bağlamda, 1879 tarihli Kanun-ı Muvakkat'ta, ceza davasına katılma hakkına düzenleyen açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, mağdurun/suçtan zarar görenin davada hazır bulunabileceğinin ifade edildiği hükümlerin bulunduğu söylenmelidir⁷².

⁶⁹ Şahin, Cumhuriyet (2017) Ceza Muhakemesi Hukuku I, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 127; Centel/Zafer, s. 924.

⁷⁰ Koç, Ziya (2011) Ceza Muhakemesinde Katılan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 106; Pamuk, s. 167, 168 (Öğretide Pamuk, Taner'in, işlenen herhangi bir suçtan dolayı kendisini zarar gören olarak kabul eden herkesin ceza davasına katılmasının mümkün olduğunu düşünmesi nedeniyle, aynı görüşü desteklediğini ifade etmektedir. Bk. Pamuk, s. 168; Taner, s. 114.).

⁷¹ Üdeh (2012b), s. 179, N. 169; Bilmen, s. 199, N. 306.

⁷² Örneğin bk. m. 174. Madde için bk. Gökçen, s. 233.

Ç. KANUN YOLLARINA BAŞVURMA HAKKI

CMK m. 234/1-b'de, mağdurun kovuşturma evresindeki haklarından birinin, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakkı olduğu ifade edilmiştir. Belirtilmelidir ki, esas itibarıyla, mağdurun, her ne kadar bu kararlar kendisine tebliğ edilmeyecek olsa bile, katılmadan önceki kararlara karşı da kanun yollarına başvurma hakkı bulunmaktadır. CMK m. 241/2'ye göre, katılmadan önce verilmiş olan kararlar için Cumhuriyet savcısı için öngörülen süre, katılanın kanun yollarına başvurusu için de geçerlidir.

CMK'nın kamu davasına katılmaya ilişkin hükümlerine göre, katılanın, katılmasından sonra verilen kararlara karşı Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvurma imkânı bulunduğu gibi (CMK m. 242/1), katılma talebini veya kanun yolunu başvurusunu geri alma yetkisi de bulunmaktadır.

İslâm Ceza Hukukunda, mağdurun veya suçtan zarar görenin kanun yollarına başvurma hakkının bulunup bulunmadığı, İslâm hukukuna ilişkin Osmanlı uygulamasına göre belirlenecek olursa 1879 Kanun-ı Muvakkat öncesi dönem ve bu Kanun-ı Muvakkat ile başlayan dönem olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir. 1879 Kanun-ı Muvakkat öncesi dönemde, kanun yollarına başvurma hakkı ile ilgili olarak, Divan-ı Hümayun'un âdeta bir temyiz mercii gibi, kadıların vermiş oldukları kararları incelemesi zikredilmelidir. Bu inceleme neticesinde kadıların kararlarının onanması veya bozularak yeniden hüküm verilmesi veya ilgili mahkemeye davanın yeniden görülmesi emri verilmesi söz konusu olmuştur⁷³. 1879 Kanun-ı Muvakkat'ta ise şahsî dava yoluyla ceza muhakemesi sürecini başlatan veya sürecin başlatılmasını sağlayan mağdurun, temyiz iddiasında bulunma hakkını düzenleyen hükümler

⁷³ **Cin/Akyılmaz**, s. 136; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 259; **Akman**, s. 124; “Şer’i ceza davalarında temyize bir örnek: <<Parvas adlı bir şeriri siyaset eden sabık Rodos Beyi Ali Bey’in idam edilenin kardeşi tarafından vaki diyet talebinin kaale alınmamasına dair Rodos beyine, İstanköy ve Seferihisar kadılarına hüküm yazılıp...>>” Bk. **Mumcu, Ahmet** (1986) Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, 2. Baskı, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, s. 95, 96, s. 96’da dipnot 112.

vazedilmiştir⁷⁴. Bu bağlamda, 1862 yılında şer'iyeye mahkemelerinin temyiz mercii olarak kurulan “Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyeye” ve 1838 yılında kurulan Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye ile bunun bünyesinde 1868 yılında yapılan düzenlemeler neticesinde ortaya çıkan Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, birer temyiz mercii olarak zikredilmelidir⁷⁵.

III. MAĞDURUN CEZA MUHAKEMESİ SÜRECİNİ SONA ERDİREBİLMESİNİ SAĞLAYAN HAKLAR VE MÜESSESELER

A. ŞİKÂYETİN GERİ ALINMASI

Takibi şikâyete bağlı olan suçlarda, mağdurun, onun şikâyet hakkını kullanmasından sonra başlayan bir ceza muhakemesi sürecini, şikâyetini geri almak suretiyle sona erdirmesi mümkündür. Nitekim TCK m. 73/4'te, şikâyetin ceza muhakemesinin hangi evresinde geri alınabileceği⁷⁶ ve buna bağlanan hukukî sonuca ilişkin hüküm yer almaktadır. Buna göre, suçtan zarar gören, kovuşturma evresinde, şikâyetini geri alırsa artık ceza muhakemesi süreci

⁷⁴ 1879 Kanun-ı Muvakkat m. 324 – “*Cünha yahut kabahate dair son derecede verilen hükümler aleyhinde temyiz iddiası ya müdde-i şahsi veya müddeiumumi tarafından icra olunduğu hâlde istidaları madde-i sabıkada beyan olunduğu veçhile kaydedildikten başka müddeialeyleh tarafına tebliğ olunur. ...*” Bk. **Gökçen**, s. 258.

⁷⁵ **Cin/Akyılmaz**, s. 179, 184-186.

⁷⁶ TCK m. 73/4'te, her ne kadar, vazgeçme ibaresi kullanılmış olsa da bunun, geri alma şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Şikâyetten vazgeçmede, şikâyet hakkı olan kişi, bu hakkını hiç kullanmamakta ve kullanmayacağına yönelik beyanda bulunmakta veya zımni olarak bunu ifade edici davranışlarda bulunmaktadır. Buna karşılık, şikâyetin geri alınmasında, şikâyet hakkı kullanılmakta; fakat daha sonra yapılan şikâyetin işleme konulmaması, ceza muhakemesi sürecine artık son verilmesi açık bir şekilde istenmekte veya zımni olarak bu durum ifade edilmektedir. Keza, şikâyetten vazgeçme, tek taraflı bir işlem olduğu ve şüphelinin/sanığın bunu kabul etmesi gerekmediği hâlde, şikâyetin geri alınmasının sonuç doğurabilmesi için geri almanın, sanık tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer deyişle, şikâyetin geri alınması, iki taraflı bir işlemdir. Nitekim TCK m. 73/6'daki “(6) *Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.*” hükmüyle buna işaret edilmiştir. Sonuç itibarıyla, şikâyetten vazgeçme ile şikâyetin geri alınması birbirinden farklı kavramlardır. Bk. **Öztürk/Erдем**, s. 183, 184, N. 268, 269, 272; **Özgenç**, s. 913'te dipnot 410, s. 914. Öğretide Hakeri, şikâyetten vazgeçme yerine şikâyetten feragat, şikâyetin geri alınması yerine şikâyetten vazgeçme kavramlarını kullanmaktadır. Bk. **Hakeri**, s. 123, 124.

sonlandırılarak, davanın düşmesi kararı verilecektir. Bununla birlikte, hükmün kesinleşmesinden sonra, yani kovuşturma evresi, dolayısıyla ceza muhakemesi süreci sona erdikten sonra şikâyetin geri alınması, hukukî sonuç doğurmayacaktır⁷⁷. Hükümde açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte, şikâyetin, soruşturma evresinde geri alınması hâlinde, tabii olarak, ceza muhakemesi sürecine devam edilemeyecek, ceza muhakemesi süreci bu evrede sonlandırılacaktır. Öğretide bu durumda verilmesi icap eden kararın, kovuşturmaya yer olmadığı kararı olduğu ifade edilmiştir⁷⁸. Sonuç itibarıyla, şikâyetin, muhakeme koşulu olarak düzenlendiği hâllerde, mağdurun, şikâyetini geri alması ile ceza muhakemesi sürecini gerek soruşturma gerek kovuşturma evresinde sona erdirebilme yetkisi bulunmaktadır⁷⁹.

İslâm Ceza Hukukunda, şikâyetin geri alınması hakkının bulunup bulunmadığı, bazı suçlar açısından kabul edilen af ve sulh müesseseleri nazarı itibara alınarak incelenmelidir. Buna ilişkin açıklamalar, aşağıda uzlaştırma müessesesi başlığı altında yapılacaktır. Bununla birlikte, öz bir ifade olarak, İslâm Ceza Hukukunda da takibi şikâyete bağlı suçlarda, şikâyetin geri alınmasının mümkün olduğu ve geri almanın hukukî sonucunun, ceza muhakemesi sürecinin sona ermesi olduğu söylenmelidir⁸⁰.

⁷⁷ TCK m. 73/4 – “(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.”

⁷⁸ Soruşturma evresinde şikâyetten vazgeçilmesi veya şikâyetin geri alınması hâlinde, CMK m. 172/1'e göre verilmesi icap eden karar, kovuşturmaya yer olmadığı karardır. Bk. **Özen, Mustafa** (2017) Öğreti ve Uygulama Işığında: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 27; **Çiftcioglu, Cengiz Topel** (2017) Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında: Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 117. Kanaatimizce, doğru adlandırmayla, bu durumda verilmesi icap eden karar, soruşturma işlemlerine son verilmesi karardır. Bk. **Kaşka, Hakan** (2019) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Sona Ermesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 85-95.

⁷⁹ **Şahin** (2017), s. 63.

⁸⁰ **Kahveci**, s. 129. Bununla birlikte, mağdur, faili affetse dahi, devletin, kamu düzenini korumak için tazir cezası uygulayabileceği, İslâm ceza hukukçularının çoğunluğunun görüşüdür. Bk. **Üdeh** (2012a), s. 112, N. 52, s. 271, 272, N. 198; **Akşit**, s. 56; **Karaman** (2016), s. 217, 218; **Cin/Akyılmaz**, s. 272; **Aydın**, s. 160, 202, 203; **Çolak**, s. 147; **Yılmaz**, s. 287.

B. UZLAŞTIRMA

Türk ceza muhakemesi hukuku açısından uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya bunların kanuni temsilcisinin, CMK'daki ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'ndeki usullere ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaşıtırlmaları suretiyle ceza uyuşmazlığının giderilmesi sürecini ifade etmektedir⁸¹. Uzlaştırma, ceza hukuklarında yeni bir adalet anlayışı olarak bahsedilen onarıcı adaletin tezahürü niteliğinde olan bir müessesedir. Bu adalet anlayışında, klasik ceza hukuku anlayışından farklı olarak, fail merkezli değil, mağdur odaklı bir ceza muhakemesi süreci söz konusudur. Böylelikle mağdur hem süreci yöneten yani sürecin merkezindeki kişi olmakta hem de ceza muhakemesi sürecinde onun zararlarının giderilmesi amacı doğrultusunda hareket edilmektedir. Bu bağlamda, mağdur, örneğin, uzlaştırma müzakereleri için yerin ve zamanın kararlaştırılmasında aktif rol oynayabilmekte, uzlaştırma müzakerelerine bizzat katılabilmekte, müzakerelerde faille karşı karşıya gelebilmekte ve ona soru yöneltebilmekte, müzakere sürecinde zararlarının giderilmesini isteyebilmekte ve koşullarının yerine getirilmesi üzerine veya herhangi bir koşul ileri sürmeksizin uzlaşmayı serbest iradesiyle kabul edebilmekte ve nihayet bu şekilde ceza muhakemesi sürecini sonlandırabilmektedir⁸².

İslâm Ceza Hukukunda, uzlaştırma müessesesinin veya buna benzer bir müessesenin var olup olmadığı hususunda, af ve sulh müesseselerinin incelenmesi ve bu incelemenin suçlar açısından kabul edilen üçlü ayrıma göre yapılması gerekmektedir. Hemen ifade edilmelidir ki, burada af ile kastedilen, günümüz ceza hukukunda olduğu gibi TBMM'nin ilanına karar vermeye yetkili olduğu genel veya özel af veya Cumhurbaşkanı'nın karar vermeye yetkili olduğu

⁸¹ Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m. 4/1-k.

⁸² **Çetintürk, Ekrem** (2017) Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 71-73; **Eryılmaz, Mesut Bedri** (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 33; **Karakehya**, s. 449; **Alan Akcan, Esra** (2014) "Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s. 3973, 3974; **Değirmenci, Olgun** (2008) "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 77, s. 79, 80.

özel af değil; mağdurun/suçtan zarar görenin af yetkisidir. Af ile ceza muhakemesi sürecinin sona erdirilmesinde, had veya kısas ve bir görüşe göre aynı zamanda diyet veya tazir cezasının tamamen kaldırılması söz konusudur⁸³. Sulh yoluyla ceza muhakemesi sürecinin sona erdirilmesi ise kısas ve diyet cezasını gerektiren suçlarda kısasın uygulanmaması şeklinde mümkün olmakta⁸⁴ ve sulh, bir bedel karşılığında diyetin tamamı, bir kısmı veya daha fazlası üzerinde anlaşma yapılarak sürecin sona erdirilmesini ifade etmektedir⁸⁵. Diğer deyişle, sulh, mağdurun veya onun mirasçılarının, fail ile bir bedel üzerinde anlaşarak, ceza muhakemesi sürecini sona erdirebilmesini sağlayan bir müessesedir⁸⁶.

Af ve sulh müesseseleri doğrultusunda, öncelikle, had cezasını gerektiren suçlara bakılacak olursa had suçlarından olan hırsızlık suçunda, bazı İslâm hukukçuları tarafından kovuşturma başlamadan, daha açık ifadeyle, suç işlendiği iddiası yetkili merciler önüne götürülmeden önce, affın mümkün olduğuna ilişkin görüşler ileri sürülmüştür⁸⁷. Keza, bir görüşe göre, zina iftirası

⁸³ Üdeh (2012a), s. 112, N. 52, s. 775, N. 534; Karaman (2019), s. 230; Akşit, s. 170; Şafak, s. 66; Cin/Akyılmaz, s. 265; Çolak, s. 133, 147, 220; Polat, s. 212; Yiğit, Yaşar (2012) İslâm Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, Ankara, Sistem Ofset Yayıncılık, s. 294, 295, 299.

⁸⁴ Tazir cezasını gerektiren suçlarda, kişi hakkına yönelik bir suçun söz konusu olması hâlinde de sulh müessesesinin uygulanma alanı bulabileceği yönünde bk. Bilmen, s. 462, N. 909/(9); Yiğit, s. 294.

⁸⁵ Karaman (2019), s. 230; Karaman (2016), s. 231; Üdeh (2012a), s. 772, N. 531; Üdeh (2012b), s. 200, N. 190; Muhammed Ebu Zehra (1994b), s. 505, N. 379; Çolak, s. 221; Yiğit, s. 293; Yılmaz, s. 270, 291.

⁸⁶ Muhammed Ebu Zehra (1994b), s. 504, N. 379; Bilmen, s. 204, N. 311; Akşit, s. 171; Şafak, s. 83; Kahveci, s. 196; Yaman/Çalış, s. 99; Polat, s. 213; İslâm hukukçuları arasında, bu hususta farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kısastan diyet karşılığında vazgeçilmesi, bir sulh akdidir. Buna karşılık, diğer görüşe göre, burada da af müessesesi söz konusudur. Bk. Üdeh (2012a), s. 774, N. 534; Üdeh (2012b), s. 191, 192, N. 183, s. 201, N. 191; Muhammed Ebu Zehra (1994b), s. 504, N. 378; Şafak, s. 82; Avcı (2018), s. 289, 290; Çolak, s. 204, 221; Yiğit, s. 291, 299; Yılmaz, s. 269, 292; Polat, s. 160.

⁸⁷ Muhammed Ebu Zehra (1994a), s. 61, N. 65, s. 85, N. 91; Avcı (2018), s. 284; Akalın (2019), s. 72; Yiğit, s. 297; Yaman/Çalış, s. 98; Yılmaz, s. 179. Buna karşılık, İslâm hukukçularının çoğunluğunun görüşüne göre, hükmün kesinleşmesinden sonra af, artık hüküm doğurmayacak, had cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bk. Muhammed Ebu Zehra (1994a), s. 59, N. 63, s. 61, N. 65, s. 85, N. 92; Akalın (2019), s. 73; Çolak, s. 145, 220.

suçunda da suçlunun affedilmesi mümkündür⁸⁸. Bu noktada affin, şikâyetin geri alınması anlamına geldiği, diğer deyişle, affin, şikâyetin geri alınması hakkı olarak, keza mağdurun fail ile uzlaşması olarak yorumlanabileceği söylenmelidir. Kısas ve diyet cezasını gerektiren suçlardaki af ve sulh müesseselerinin de uzlaştırma müessesesine benzer müesseseler olarak mütalaa edilmesi mümkündür. Bu suçlarla, kişi hakkının, kamu hakkına nazaran daha yoğun bir şekilde korunduğu kabul edildiği için kısas ve diyet suçlarıyla ilgili muhakeme sürecinin, mağdur tarafından af veya sulh yoluyla sona erdirilebilmesi kabul edilmiştir⁸⁹. Tazir cezasını gerektiren suçlarda ise kişi hakkının kamu hakkına nazaran daha yoğun bir şekilde korunduğu suç söz konusu olduğunda, yine mağdurun af yetkisi kabul edilmiştir⁹⁰.

Kanaatimizce Türk Ceza Hukukunda da mağdurun menfaatinin daha ağır olduğu uzlaştırma müessesesine tabi tutulan suçlarda, mağdur, mahkûmiyet hükmünün, diğer ifadeyle, cezanın infazı sürecine dâhil edilmelidir. Bunun, toplumsal barışa katkı sağlama başta olmak üzere, ceza infaz kurumlarının doluluk oranının azalması, bireylerin, ceza infaz kurumlarının olumsuz etkilerinden korunması gibi olumlu sonuçlar ortaya çıkaracağı açıktır. Mağdurun affının, mezkûr suçlarda ceza ilişkisini sona

⁸⁸ **Bilmen**, s. 363, N. 647; **Karaman** (2016), s. 203; **Yaman/Çalış**, s. 98; **Polat**, s. 255. Bununla birlikte, zina iftirası suçunda, mağdurun af yetkisinin bulunmadığını ileri sürenler olduğu gibi, affin, meselenin mahkemeye intikalinden önce olabileceğini ifade edenler de bulunmaktadır. Bk. **Üdeh** (2012b), s. 550, 551, N. 570; **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 62, N. 66, s. 87, N. 93; **Bilmen**, s. 362, 363, N. 646, 647; **Şafak**, s. 153; **Cin/Akyılmaz**, s. 253; **Aydın**, s. 192; **Karaman** (2016), s. 203; **Ekinci**, s. 315; **Çolak**, s. 117, 145, 220; **Polat**, s. 87; **Yiğit**, s. 66, 67, 297.

⁸⁹ **Üdeh** (2012a), s. 110, N. 51, s. 111, N. 52, s. 677, N. 471, s. 772, N. 531, s. 773, N. 534; **Bilmen**, s. 204, N. 311, s. 206, N. 315; **Karaman** (2019), s. 214; **Ekinci**, s. 311, 327; **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 95, N. 102; **Muhammed Ebu Zehra** (1994b), s. 497, N. 372, s. 504, N. 379; **Şafak**, s. 66, 81; **Yaman/Çalış**, s. 83, 98, 99; **Çolak**, s. 80, 133, 145, 220; **Karaman** (2016), s. 208, 231; **Kahveci**, s. 126, 264, 270; **Akalın** (2016), s. 45; **Yiğit**, s. 292; **Polat**, s. 151, 159, 220; **Yılmaz**, s. 227, 286, 287.

⁹⁰ **Bilmen**, s. 462, N. 909/(9); **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 110, N. 120; **Üdeh** (2012a), s. 112, N. 52, s. 775, N. 535; **Akşit**, s. 75, 90; **Karaman** (2019), s. 230; **Karaman** (2016), s. 217, 231; **Ekinci**, s. 334; **Aydın**, s. 183; **Yaman/Çalış**, s. 84, 98; **Çolak**, s. 145, 220; **Polat**, s. 189; **Yiğit**, s. 299.

erdirci bir hâl olarak düzenlenmesi, bu kapsamda yapılabilecek değişikliklerden biridir⁹¹. Keza, şikâyete tabi olan suçlarda, şikâyetin geri alınmasının, cezanın infazı sürecinde de infazı sona erdirmek şeklinde etkili olduğunun kabul edilmesi yapılabilecek değişikliklerden bir diğeridir.

SONUÇ

Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğine ilişkin şüphenin yetkili mercilerce öğrenilmesinden itibaren, bu şüphenin yenilmesine kadarki süreci oluşturan ceza muhakemesi sürecinde⁹² ve bu süreç sonunda eğer belli bir yaptırıma veya yaptırımlara mahkûmiyet kararı verilecekse bu yaptırımların infazında, keza amaçlarında, tabii olarak suçu işleyen kişiye yani faile odaklanılmıştır. Bu anlamda, mağdur/suçtan zarar gören, yürütülen ceza muhakemesi sürecinde ve eğer karar verilmişse yaptırımların infazı aşamasında, hiç değilse faile göre arka planda yer almaktadır. Güncel gelişmeler, özellikle İngiliz-Amerikan kökenli onarıcı adalet uygulamaları, bu anlayışın değişmesine neden olmuştur⁹³.

Mağdurun, Türk ceza muhakemesinde, ceza muhakemesi sürecinin başlangıcından kesin hükme ulaşıncaya kadar, sahip olduğu haklarla etkin/aktif bir şekilde bulunabileceğinin söylenmesi mümkündür. Mağdur, kesin hükümden sonra ise infazı gereken bir hükmün infazından bağımsız olarak veya bu tür bir hüküm bulunmasa bile korunma, psiko-sosyal destek programlarından yararlanma gibi bazı haklara sahiptir. Bu bağlamda, öncelikle, 1982 Anayasası m. 36/1'de düzenlenmiş olan hak arama hürriyetinin zikredilmesi gerekir. Mezkûr hükme göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan*

⁹¹ **Özgenç, İzzet/Bayraktarlı, İhsan Yılmaz** (2019) "İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXIII, S: 1, s. 139.

⁹² **Yurtcan, Erdener** (2017) Ceza Yargılaması Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 4.

⁹³ **Cihan, Erol/Yenisey, Feridun** (1996) Ceza Muhakemesi Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 94; **Avcı, Mustafa** (2016) "Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 1, s. 11; **Değirmenci**, s. 35, 36; **Kafes**, s. 85; **Uslu, Ferhat** (2013) "Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur", Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 244-247. İslâm Ceza Hukukuna ilişkin klasik eserlerde teşeffi olarak ifade edilen mağdurun tesellisinin, onarıcı adalet anlayışının çok önceden sistemleşmiş şekli olduğu yönünde bk. **Büyükbaş**, s. 472.

faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Hak arama, ceza muhakemesi sürecinde mağdurun da kendisinden yararlanabileceği bir hürriyettir.

Mağdur haklarına ilişkin bir diğer genel düzenleme ise CMK m. 234'te yer almaktadır. Mezkûr hükme göre, mağdurun, a) soruşturma evresinde; delillerin toplanmasını isteme, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme, vekili bulunmaması hâlinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, CMK m. 153'e uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme, Cumhuriyet savcısının, iddianame düzenlenmesine yer olmadığı kararına karşı başvuruda bulunma (CMK'daki ifade ediliş şekliyle, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma), b) kovuşturma evresinde; duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili bulunmaması hâlinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma ve haklarını öğrenme hakkı gibi bir dizi hakkı vardır. Keza, mağdurun, on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz veya meramını ifade edemeyecek derecede malûl olması ve bir vekilinin de bulunmaması hâlinde, istemi aranmaksızın kendisine bir vekil görevlendirileceğine ilişkin, CMK m. 234/2'de bir düzenleme bulunmaktadır.

Mağdurun sahip olduğu haklara ilişkin düzenlemeler, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde de yer almaktadır. Bu yönetmelikte hem mağdurun ceza muhakemesi sürecinde aktif olmasını sağlayan⁹⁴ hem de mağdurun sahip olduğu bazı hakları⁹⁵ düzenleyen hükümler bulunmaktadır.

⁹⁴ Örneğin, Yönetmeliğin 38. maddesine göre, sosyal araştırma raporu, şüpheli veya sanık ile bunların aile ve sosyal çevreleriyle görüşülerek hazırlanacak, gerekli görülmesi hâlinde mağdur ile de görüşülebilecektir. (Yönetmelik m. 38/3)

⁹⁵ Bu bağlamda, Yönetmeliğin altıncı kısmının *Mağdurun ve Aile Bireylerinin Korunması* başlığını taşıdığı söylenmelidir.

Soruşturma veya kovuşturma evresinde suç mağdurlarına tanınan haklar ile sağlanan hizmetlere ve yardımlara ilişkin esasları ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine dair görev, yetki ve sorumlulukları düzenleme amacı taşıyan Mağdur Hakları Kanunu ise bir tasarı hâlinde kalmıştır. Bununla birlikte, Türk hukukunda, mağdur haklarına verilen önemi göstermesi bakımından, Tasarının bu başlık altında zikredilmesi gerekir⁹⁶. Belirtilmelidir ki, mezkûr Tasarıdaki hükümlerin birçoğuyla aynı hükümleri içeren 63 numaralı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10 Haziran 2020 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Bu noktada, 63 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin, suç mağdurlarına sağlanan hizmetlere ve yardımlara ilişkin esasların ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine dair görev, yetki ve sorumlulukların düzenlendiği önemli bir metin olduğu söylenmelidir.

Türk ceza mevzuatı, mağdur haklarına ilişkin genel ve özel düzenlemeler açısından değerlendirildiğinde, mağdurun, ceza muhakemesi sürecinin başlatılmasından, bu sürecin bir kesin hükümlerle sona ermesine kadar sürece etkin bir şekilde katılabildiği görülmektedir. Şüphesiz ki, bu durum, kanun koyucunun mağdur haklarına önem verdiğini göstermektedir⁹⁷.

İslâm Ceza Hukukunda ise cezanın amaçlarında, mağdur da dikkate alınmaktadır. Cezalandırma ilişkisinin fail ile Devlet arasında olması, ceza hukukunun, kamu hukuku karakterli olması, kamu hukukunun bir alt disiplini olması, cezanın amaçlarında mağdurun tamamen unutulmasını, onun bu hukuk disiplininin tamamen dışlanmasını gerektirmemektedir. Nitekim yukarıda zikredilen farklı haklar ve müesseseler, mağdurun, bu hukuk disiplininde, bir süje olarak yer almasını sağlamaya yöneliktir. İslâm Ceza Hukukunda, bunların yanı sıra, cezanın amaçları bağlamında da mağdurun gerek faile gerek ceza hukuku yaptırımlarına hükmeden ve bunları infaz eden

⁹⁶ Öğretide **Karakaş Doğan**'a göre, Tasarı, iç hukukun, 1 Şubat 1988 tarihinde yürürlüğe giren Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ne uygun hâle gelmesini sağlayacaktır. Ayrıca metnin kanunlaşması hâlinde, bu kanun, suç mağdurlarının korunmasını sağlayan en derli toplu düzenleme olacaktır. Bk. **Karakaş Doğan**, s. 231.

⁹⁷ **Değirmenci**, s. 84.

mercilere karşı öç alma duygusunun oluşmaması, verilen hükümlerle şahsî öç alma; diğer deyişle, intikam duygularının bastırılması, adaletin tecelli ettiğine inanması sağlanarak, örneğin, hukuk dışı yollarla adalet aramaması için⁹⁸ mağdur dikkate alınmaktadır.

Kanaatimizce, İslâm Ceza Hukukunda, ceza hukuku yaptırımlarının amaçları bakımından mağdurun da dikkate alınmış olması, suçlarla ilgili yürütülecek muhakeme sürecini mağdurun başlatabilmesini veya bu muhakeme sürecine dâhil olabilmesini veya bu muhakeme sürecini sona erdirebilmesini sağlayan bazı hakların ve müesseselerin kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Mezkûr sonuç, had cezasını gerektiren suçlardan hırsızlık ve zina iftirası suçlarında, kısas ve diyet cezasını gerektiren suçlarda, kişi haklarının daha yoğun korunduğu tazir cezasını gerektiren suçlarda, muhakeme sürecinin şikâyet ile başlayabilmesi, keza, bu suçlarda muhakeme

⁹⁸ **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 19-21, N. 14-16 (Bununla birlikte, İslâm Ceza Hukukunun bu husustaki genel felsefesinin ortaya konulması açısından, İslâm Ceza Hukuku öğretisinde **Muhammed Ebu Zehra**'nın şu ifadeleri de zikredilmelidir: “*Bu ifadeler İslâm’da ceza felsefesine işaret etmektedir. Buna göre kul hakları ile ilgili cezalar, ya da daha doğru bir ifade ile kişilere yönelik suçlarda ceza verilirken, işlenen suç ile verilecek cezanın eşitliği gözetilmektedir. Çünkü verilecek ceza, suçun mağdurda bıraktığı izi ve eseri ile suçluya verilecek cezanın etkisinin ve aleyhine suç işlenen yerin (organ veya beden) tazminatının kıyaslanması ile verilmektedir. Suçun topluma yönelik işlendiği durumlarda ceza bizzat fiile karşılık verilmektedir. Fiilin genel kamuoyunda meydana getirdiği etkiye, onların durumlarına, namuslarına ve akıllarına olan etkisine göre verilmektedir.*” Bk. **Muhammed Ebu Zehra** (1994a), s. 88, N. 94; Ayrıca bk. **Muhammed Ebu Zehra** (1994b), s. 46, N. 35.); **Muhammed Ebu Zehra** (1994b), s. 47, N. 36, s. 522, N. 393, s. 547, s. 548, N. 412; **Ekinci**, s. 303; **Şafak**, s. 61; **Cin/Akyılmaz**, s. 244; **Avcı** (2018), s. 304; **Nouredine, Hamadi** (2017) “İslam Ceza Hukukunda Cezalandırma Kurallarının Hedefleri”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 102; **Büyükbaş**, s. 458, 465, 466, 473; **Korkmaz, Fahrettin/Kurban, Yasin** (2017) “İslam Ceza Felsefesi Açısından Hapis Cezası Üzerine Düşünceler”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 585, 586; **Kahveci**, s. 30, 31; **Çolak**, s. 98, 99; **Akalın** (2016), s. 63; **Polat**, s. 28; **Yiğit**, s. 46.

sürecinin af ile⁹⁹ veya af ve sulh ile sona erdirilebilmesi hususlarında açıkça görünmektedir. Aynı şekilde, âkile ve kasâme müesseseleri yoluyla mağdura diyetin mutlaka ödenmesinin istihdaf edilmiş olması, bu sonucun bir diğer görünümüdür¹⁰⁰.

Bir karşılaştırma yapıldığında hem Türk Ceza Hukukunda hem de İslâm Ceza Hukukunda mağdura ceza muhakemesi sürecinde etkin bir şekilde yer alma imkânı verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, Türk Ceza Hukukunda, mağdurun ceza muhakemesi sürecindeki konumunun kuvvetlendirilmesi için ceza muhakemesi sürecinde mağdurun zararının giderilmesine, keza, mağdurun menfaatinin daha ağır olduğu uzlaştırma müessesesine tabi tutulan suçlarda, mağdurun, mahkûmiyet hükmünün, diğer ifadeyle cezanın infazı sürecine dâhil edilmesine yönelik düzenlemeler yapılması isabetli olacaktır.

⁹⁹ Kişi hakkının kamu hakkına nazaran daha yoğun korunduğu suçlarda, mağdurun af yetkisi kabul edilmiştir. **Akalın** (2016), s. 50. Bunun, İslâm hukukunda mağdurun iradesine saygının ön planda tutulduğu olarak yorumlanması söz konusudur. **Yılmaz**, s. 313.

¹⁰⁰ **Bilmen**, s. 156, N. 239, 240, s. 268, N. 474; **Akşit**, s. 138, 139.

KAYNAKÇA

- Açıkgozöglü, Muhammet** (2000) Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, Ankara, Adil Yayınevi.
- Akalın, Adnan** (2016) İslâm Hukukunda Devlete İsyân Suçu, Ankara, Fecr Yayınları.
- Akalın, Adnan** (2019) İslam Hukukunda Hırsızlık Suçu – Çalınan Mal İle İlgili İhtilaflar –, İstanbul, Hiperyayın.
- Akbulut, Berrin** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Akdemir, Süleyman** (1988) Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması: sosyal gruplaşmaya yönelik yeni bir yaklaşım, İzmir, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları.
- Akgündüz, Ahmet** (2011) İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, Birinci Cild: Kamu Hukuku: (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumî), İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Akman, Mehmet** (2004) Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, Eren Yayıncılık.
- Aksar, Yusuf** (2019) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk – II, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Akşit, Mustafa Cevat** (2015) İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Gümüşev Yayıncılık.
- Alan Akcan, Esra** (2014) “Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, s. 3949-3997.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Avcı, Mustafa** (2017) “İslam Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 442-455.
- Avcı, Mustafa** (2016) “Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 1, s. 7-36.
- Avcı, Mustafa** (2018) Osmanlı Ceza Hukuku – I – Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Aydın, M. Âkif** (2013) Türk Hukuk Tarihi, 11. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Bilmen, Ömer Nasuhi** (1996) Fıkıh Terimleri Ansiklopedisi -İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu-, 3, Yücesoy, Hayrettin/Kılıç, Mehmet/Tığ, Ramazan/Tarı, Davut (Sadeleştirilenler), Ankara, Gündüz Gazetesi.
- Bozdağ, Ahmet** (2017) “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 132, s. 121-146.
- Büyükbaş, Nazım** (2017) “İslam Ceza Hukukunda Mağdurun ve Kamu Vicdanının Teskini”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 456-475.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide** (2017) Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem** (2016) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Cihan, Erol/Yenisey, Feridun** (1996) Ceza Muhakemesi Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2018) Türk Hukuk Tarihi, 10. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Çetintürk, Ekrem** (2017) Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Çiftcioğlu, Cengiz Topel** (2017) Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında: Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Kararın Denetimi, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Çolak, Abdullah** (2019) İslâm Ceza Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Hikmetevi Yayınları.
- Değirmenci, Olgun** (2008) “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 77, s. 33-86.
- Demirbaş, Timur** (2020) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1986) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2018) İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi.
- Erdoğan, Mehmet** (2016) Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, 6. Baskı, İstanbul, Ensar Neşriyat.
- Erem, Faruk** (1978) Ceza Usulü Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası.
- Eryılmaz, Mesut Bedri** (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Gökçen, Ahmet** (1994) “1296 (1879) Tarihli Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 1-2 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, s. 203-288.
- Gündoğdu, Raşit/Adıgüzel, Niyazi/Önal, Ebul Faruk** (2011) Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle) Şemseddin Sami, İstanbul, İdeal Kültür Yayıncılık.
- Hakeri, Hakan** (2020) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

- İçel, Kayıhan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Kafes, Veli** (2011) “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 60, S: 1, s. 83-156.
- Kahveci, Nuri** (2019) Ana Hatlarıyla İslâm Ceza Hukuku, İstanbul, Ensar Neşriyat.
- Kangal, Zeynel T.** (2019) Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kaplan, Mahmut** (2015) “Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 59-86.
- Karakaş Doğan, Fatma** (2011) “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 95, s. 197-234.
- Karakehya, Hakan** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Eskişehir, Nisan Kitabevi.
- Karaman, Hayreddin** (2016) Mukayeseli İslâm Hukuku I, 9. Baskı, İstanbul, İz Yayıncılık.
- Karaman, Hayreddin** (2019) Ana Hatlarıyla İslâm Hukuku (Cilt 1) Giriş ve Amme Hukuku, 20. Basım, İstanbul, Ensar Neşriyat.
- Kaşka, Hakan** (2019) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Sona Ermesi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Koç, Ziya** (2011) Ceza Muhakemesinde Katılan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- Korkmaz, Fahrettin/Kurban, Yasin** (2017) “İslam Ceza Felsefesi Açısından Hapis Cezası Üzerine Düşünceler”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, s. 582-600.
- Kunter, Nurullah** (1949) Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası.
- Kunter, Nurullah** (1954) Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi: (Hareket – Netice – Sebebiyet alâkası), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası.
- Kunter, Nurullah** (1989) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Muhammed Ebu Zehra** (1994) İslam Hukukunda Suç ve Ceza, 1, Tüfekçi, İbrahim (Çeviri), İstanbul, Kitabevi Yayınları.
- Muhammed Ebu Zehra** (1994) İslam Hukukunda Suç ve Ceza, 2, Tüfekçi, İbrahim (Çeviri), İstanbul, Kitabevi Yayınları.
- Mumcu, Ahmet** (1986) Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, 2. Baskı, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları.
- Nourredine, Hamadi** (2017) “İslam Ceza Hukukunda Cezalandırma Kurallarının Hedefleri”, Eren, Abdullah/Korkusuz, M. Refik (Editörler), İslam Ceza Hukuku Uluslararası Sempozyumu, C: 1, 30 Nisan-3 Mayıs 2015, İstanbul, Lale Yayıncılık, s. 88-122.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 13. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Osmanağaoglu-Karahasanoğlu, Cihan** (2016) Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Ömeroğlu, Ömer** (1999) “Türk Ceza Yargılamasında Şahsi Dava ve Gerekliği Sorunu” (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

- Özen, Mustafa** (2017) Öğreti ve Uygulama Işığında: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Özgenç, İzzet** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Özgenç, İzzet/Bayraktarlı, İhsan Yılmaz** (2019) “İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXIII, S: 1, s. 129-139.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2020) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer** (2002) Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can** (2020) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Öztürk, Bahri (Editör), 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Pamuk, Gülfem** (2012) Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Polat, Murat** (2019) İslâm Ceza Hukukunda Suç-Ceza Dengesi, Ankara, Astana Yayınları.
- Şafak, Ali** (1977) Mezheblerarası Mukâyeseli İslâm Ceza Hukuku, Erzurum, Atatürk Üniversitesi Yayınları.
- Şahin, Cumhuri** (2005) Ceza Muhakemesi Kanunu: Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Şahin, Cumhuri** (2017) Ceza Muhakemesi Hukuku I, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Taner, M. Tahir** (1950) Ceza Muhakemeleri Usulü, 2. Baskı, İstanbul, Duygu Matbaası.

- Tosun, Öztekin** (1981) Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri: Genel Kısım, Cilt: I, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası.
- Uslu, Ferhat** (2013) “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 241-260.
- Ûdeh, Abdulkâdir** (2012) Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukâyeseli İslâm Ceza (Suç) Hukuku – Genel Hükümler –, Birinci Cilt, 2. Baskı, Şafak, Ali (Çeviren ve Notlar Ekleyen), İstanbul, Kayıhan Yayınları.
- Ûdeh, Abdulkâdir** (2012) Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukâyeseli İslâm Ceza (Suç) Hukuku – Özel Hükümler –, İkinci Cilt, 2. Baskı, Şafak, Ali (Çeviren ve Notlar Ekleyen), İstanbul, Kayıhan Yayınları.
- Ûçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2011) Türk Hukuk Tarihi, 15. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.
- Ûnver, Yener/Hakeri, Hakan** (2012) Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yaman, Ahmet/Çalış, Halit** (2019) İslam Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Bilay Yayınları.
- Yaşar, Osman** (1998) Açıklamalı ve İçtihatlı: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu: (Ceza Yargılama Yasası), Cilt: 3, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Yılmaz, Mahmut** (2018) Kadim Medeniyetlerde ve İslâm Hukukunda Cezalar, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yiğit, Yaşar** (2012) İslam Ceza Hukuku Hükümlerinin Yürürlüğü, Ankara, Sistem Ofset Yayıncılık.
- Yurtcan, Erdener** (1985) Şahsi Dava ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara, Işın Yayıncılık.
- Yurtcan, Erdener** (2017) Ceza Yargılaması Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Zafer, Hamide (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m. 1-75, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>
s.e.t. 27.06.2019.

<<http://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 21.10.2020.

Bardakoğlu, Ali, TDV İslâm Ansiklopedisi, “Diyet”,
<<https://islamansiklopedisi.org.tr/diyet>> s.e.t. 02.11.2020.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü (2019) Adli İstatistikler, Ankara,
<<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1062020170359HizmeteOzel-2019-bask%C4%B1-%C4%B0SA.pdf>> s.e.t. 17.11.2020.

ATLAMA HATASI'NIN (DER SUBSUMPTIONSIRRTUM) KAVRAMSAL VE HUKUKİ ANLAMI*

Öğr. Gör. Dr. İsmail ÇINAR**

ÖZET

“Atlama hatası” olarak Türkçeleştirdiğimiz, Almanca *der Subsumtionsirrtum* olan, ceza hukukunda özel bir hata türü vardır. Bu hata türünden kavramsal ve hukuki olarak ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Hukuki tartışmalar esasen kavramsal tartışmaların sonucudur. Bu sebeple atlama hatasının önce kavramsal açıdan izah edilmesi gerekir. Böylece ceza hukuku hata öğretisinde, bu hatanın kast ve kusur açısından ne tür bir etkiye sahip olduğu; bir başka deyişle hukuki anlamının ne olduğu belirlenmiş olacaktır. Bu çalışma, atlama hatası etrafındaki tartışmaların neler olduğunu belirlemek ve bununla ilgili konuları açıklığa kavuşturmak amacıyla kaleme alınmıştır.

Atlama hatasının kavramsal anlamı, anlambilimin konuya ilişkin verileri doğrultusunda, atlama ve hata kavramlarının analizi ile elde edilmiştir. Buna göre atlama hatası şu şekilde tanımlanabilir: Suç olayındaki somut bir olguyu kanuni tipteki soyut maddi bir unsura, bu unsuru isabetsiz olarak dar yorumladığı için yanlış altlayan failin, gerçekleştirdiği fiili bu sebeple ilgili kanuni tip tarafından kapsanmayan bir hareket olarak görmesine atlama hatası denir. Bu hataya düşen kişinin hukuken mazur görülüp görülmeyeceği, atlama hatasının hukuki anlamı ile alakalı bir konudur. Hukuken atlama hatası, norm seviyesinde gerçekleşen, cezalandırılabilirlik hatasının özel bir halidir. Dolayısıyla atlama hatası kastı engellemez. Ancak bu hataya düşen failin haksızlık bilincini yitirip yitirmediği ayrıca araştırılmalıdır. Fail atlama hatası sebebiyle haksızlık bilincini yitirmişse, atlama hatası hukuken yasak hatası olarak kabul edilmeli ve hukuken onun sonuçlarına tabi olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Atlama Hatası, Olguda Hata, Yasak Hatası, Kast, Kusur, Semantik.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.915577 – Geliş Tarihi: 13.04.2021 – Kabul Tarihi: 06.06.2021.

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, ismail.cinar@yalova.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5086-5219.

THE CONCEPTUAL AND LEGAL MEANING OF MISTAKE OF SUBSUMPTION (DER SUBSUMPTIONSIRRTUM)

ABSTRACT

There is a special type of mistake in criminal law, which known as der *Subsumtionsirrtum* (mistake of subsumption) in German, which we have translated into Turkish as “altlama hatası”. What is to be understood conceptually and legally from this type of mistake is controversial. The legal controversies are in themselves the result of conceptual controversies. For this reason, the mistake of subsumption must first be explained conceptually. In this way it will be determined what effect this mistake has in criminal doctrine of mistake in relation to intent and culpability; in other words, what legal meaning it has. The aim of this study is to find out what the controversies over mistake of subsumption are about and to clarify the issues surrounding it.

Based on the information provided by the semantics on this topic, the conceptual meaning of the mistake of subsumption was obtained by analyzing the terms subsumption and mistake. Accordingly, the mistake of subsumption can be defined as follows: The wrong subsumption of a specific individual factual circumstance under an abstract individual offence element, which is based on an erroneous narrow interpretation of this element of the offense, and which has the consequence that the offender regards his behavior as not covered by the respective offense. From a legal point of view, the mistake of subsumption is a special case of the mistake of criminal, which undermines on the normative level. Hence the error of subsumption does not exclude the intent. However, it should also be examined whether the defender who succumbs to this error acts without a sense of wrongdoing. If the offender lacks the insight to do injustice because of the mistake of subsumption, the mistake of subsumption should be legally accepted as mistake of law and legally subject to its consequences.

Keywords: Mistake of Subsumption, Mistake of Fact, Mistake of Law, Intent, Culpability, Semantics.

GİRİŞ

Alman literatüründe 1800'lü yılların başından beri¹ tartışılan ve “*Subsumtionsirrtum*” olarak nitelendirilen hatayı Türkiye’de müstakil olarak ele alan herhangi bir tez çalışması henüz yapılmamış, ancak konu edinen tez bölümleri² ve makaleler³ olmuştur. Almanya’da ise doğrudan *Subsumtionsirrtum* başlığı ile üçü doktora⁴ biri doçentlik⁵ olmak üzere dört tez ve çok sayıda makale mevcuttur. Bu sebeple konuyla alakalı tartışmalar daha çok Alman literatüründe yaşanmış, makalemizdeki açıklamalar da bunun üzerine inşa edilmiştir.

Atlama hatasını peşinen tanımlamak doğru olmayacaktır. Zira bu hata etrafındaki tartışmaların çoğu, kavramsal ve hukuki anlamının ne olacağı ile ilgilidir. Atlama hatası ancak bu tartışmalar ortaya konduktan ve bir çözüm getirildikten sonra tanımlanabilir. Bu sebeple bu makalenin yazılmasının ana gayesi atlama hatasının kavramsal ve hukuki anlamını ortaya koymaktır. Ayrıca bu konunun hukukumuzda kapsamlı bir şekilde ele alınmaması sebebiyle de bu makalenin yazılması gereği duyulmuştur.

¹ Kavramın ilk kullanımları için bkz. **Jenull, Sebastian** (1820) *Das Österreichische Criminal-Recht Nach Seinen Gründen Und Seinem Geiste* I, 2. Auflage, Grätz, Ferstl, s.149 ve 168.

² Örneğin bkz. **Erman, Ragıp Barış** (2006) "Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.39 vd.

³ Örneğin bkz. **Yerdelen, Erdal** (2014) "Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)", *Ceza Hukuku Dergisi* C:9, S:25 s.69.

⁴ **Rolshoven, Fritz** (1934) *Die Stellung des Subsumtionsirrtums im Gesamptirrtumsproblem des Strafrechts*, Zeulanroda, Bernhard Sporn, Buchdruckerei und Verlag; **Schwegler, Isabell** (1995) *Der Subsumtionsirrtum*, Frankfurt am Main, Peter Lang; **Çınar, İsmail** (2019) *Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag zur Irrtumslehre durch eine dogmatisch-begriffliche Untersuchung des Subsumtionsirrtums und seine rechtliche Qualifikation innerhalb der strafrechtlichen Irrtumslehre*, Berlin, Logos Verlag Berlin.

⁵ **Ebert, Udo** (1973) "Untersuchungen zur Struktur und rechtlichen Relevanz des sogenannten Subsumtionsirrtums" (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Mainz, 1973.

I. “ALTLAMA HATASI” KAVRAMI ETRAFINDAKİ TARTIŞMALAR VE BU TARTIŞMALARIN ALTLAMA HATASININ SUÇ TEORİSİNDEKİ KONUMUNA ETKİLERİ

A. “ALTLAMA HATASI” KAVRAMI ETRAFINDAKİ TARTIŞMALAR

1. *Der Subsumtionsirrtum* Kavramının Türkçe Karşılığı

Altlama hatası kavramı etrafındaki ilk tartışma, bu hatanın Türkçe karşılığının ne olacağıdır. Literatürümüzde bu konuda görüş birliği yoktur. *Altlama hatası* olarak çevirmeyi tercih ettiğimiz bu hata öğretilerde hukuki yorum hatası⁶, yorum hatası⁷, nitelendirme hatası⁸, niteleme hatası⁹, değerlendirme hatası¹⁰, kapsam hatası¹¹ şeklinde adlandırılmaktadır. Belirtmek gerekir ki altlama hatası, kavramsal çerçevesinden ziyade kendisine yüklenen hukuki anlama uygun olarak Alman literatüründe de farklı şekillerde nitelendirilmektedir. Ancak bundan maksat, altlama hatasını kısaca izah etmektir. Bu sebeple kanaatimizce altlama hatasının Türkçe karşılığı, kendisine yüklenen hukuki anlam dikkate alınarak değil, kelimenin aslına uygun olmasına özen gösterilerek belirlenmelidir. Zira ilerleyen başlıklarda etraflıca değinileceği üzere altlama hatası kavramı etrafındaki kavramsal tartışmaların önemli bir kısmı, *Subsumtion* kavramının anlamında yatmaktadır. Bu tartışmaların sebebini daha iyi kavrayabilmek için, kelimenin aslına uygun bir çeviri yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, s.260.

⁷ Yerdelen, s.69 vd.

⁸ Sözüer, Adem (1995) “Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi, C:21, S.4, s.466-490.

⁹ Erman, s.39 vd; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, s.420, dp. 657.

¹⁰ Tunç, Kübra (2020) Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Ankara, Adalet, s.8.

¹¹ Ölmez, Gökhan (2020) “Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, s. 4.

Der Subsumtionsirrtum, *Subsumtion* ve *Irrtum* kelimelerinden oluşmaktadır. *Irrtum*, hukuk dilimizde hata veya yanılma olarak ifade edilir¹². Kelimenin Türkçe karşılığının ne olduğuna ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla *Subsumtion* kavramının Türkçeleştirilmesi ile *Subsumtionsirrtum* kavramı da Türkçeleştirilmiş olacaktır. Felsefe, mantık ve hukuk gibi bilim dallarında yerleşik olan *Subsumtion* kavramı, *somut ve gerçek bir olayı soyut olan bir kurala altlamak, o kuralın içine dahil etmek* anlamına gelir. Bu anlamı dilimizde iki kavram karşılar: **idraç** ve **altlama-altakoyma**¹³. Bu sebeple *Subsumtionsirrtum* kavramını da **idraç hatası** veya **altlama hatası** şeklinde Türkçeleştirmek mümkündür. Makalemizde günümüz Türkçesindeki karşılığı olması hasebiyle daha çok *altlama hatası* kavramını kullansak da her iki kullanımın da isabetli olacağını belirtmek isteriz.

2. Altlama Hatası'nın Kavramsal ve Hukuki Varlığı Üzerine Tartışmalar

Altalama hatası kavramı etrafındaki diğer bir tartışma, bu hatanın varlığı üzerinedir. Altlama hatasının kavramsal ve hukuki varlığı noktasında görüş birliğinin olmadığını belirtmiştik. Kimi yazarlar kendi kurguladıkları hata öğretisinde altlama hatasının herhangi bir role sahip olmadığını¹⁴; kimi yazarlar fiilî-hukuki hata ayrımının terki ile altlama hatasının anlamını yitirdiğini¹⁵; kimi her zaman doğru işleyen kişisel bir “düşünme süreci” olarak altlama faaliyetinde hata olamayacağını¹⁶; kimi yazarlar da altlama hatasının hukuki-

¹² Kıyğı, Osman Nazım (1999) “Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü II”, Irrtum, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

¹³ Kıyğı, Subsumtion; Cevizci, Ahmet (1999) “Felsefe Sözlüğü”, Altakoyma, Paradigma, s.41; Serozan, Rona (2013) “Hukukta Yöntem”, Journal of Yaşar University, C:8, S:Özel, s.2440.

¹⁴ Weinberg, Hans (1928) *Der Verbotsirrtum*, Bonn, Verlag Ludwig Röhrscheid, s.95 ve 96.

¹⁵ Baumann, Jürgen (1962) “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, s.17.

¹⁶ Schmidt-Leichner, Erich (1935) *Unrechtsbewußtsein und Irrtum*, Breslau-Neukirch, Kurtze, s.142 vd.

fiilî hata ayrımı ile değil, herhangi bir hatanın nasıl oluştuğu ile ilgili olduğunu söyleyerek bu hatayı reddetmektedir¹⁷.

3. Altlama Hatası'nın Kavramsal ve Hukuki Anlamı Üzerine Tartışmalar

Altalama hatası derken akla gelmesi gereken anlam, onun kavramsal anlamıdır. Bu anlamı altlama hatasının tanımından çıkarabiliriz. Ne var ki altlama hatasının nasıl tanımlanacağı tartışmalıdır. Literatürde *fiilî olguların hukuk kurallarına yanlış altlanması*¹⁸; *hareketin vazedici normun kapsamında yanlışlıkla görülmemesi*¹⁹; *tipikliğin maddi unsurlarından birinin yanlışlıkla reddedilmesi*²⁰ şeklinde tanımlandığı gibi; *fiilî olguların kanuni kavramlara*²¹, *sosyal kavramlara*²², *kişinin kendi kavramlarına*²³, *failce malum kavramlara*²⁴, *her türlü kavrama*²⁵, *hukuki ilişkilere*²⁶ yanlış altlanması (olguyu ilgili kavramın

¹⁷ **Gettler, Wilhelm Heinrich** (1932) "Schuld und Unrechtsbewußtsein im Strafrecht", (Doktora), Köln Üniversitesi, Würzburg, s.29.

¹⁸ **v. Savigny, Friedrich Carl** (1840) System des heutigen Römisches Rechts III, Berlin, Veit, s.327.

¹⁹ **Binding, Karl** (1913) "Über den Irrtum bei Delikten im heutigen Strafrecht und in dem der Zukunft", Der Gerichtssaal, S:81, s.34.

²⁰ **v. Liszt, Franz** (1912) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 19. Baskı, Berlin, J. Guttentag, s.180.

²¹ **o. V. Geßler** (1858) "Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht", Der Gerichtssaal, S:10, s.218 vd.; ayrıca bkz. **Eichmann, Fritz** (1929) "Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen", (Doktora), Marburg Üniversitesi, Breslau, s.13 vd. ve başka atıflar için s.18; **Kaufmann, Arthur** (1982) Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre, München, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, s.20.

²² **Radbruch, Gustav** (1923) "Rechtsidee und Rechtsstoff", Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, S:17 s.349 vd.; **Kaufmann, Arthur** (1949) Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Mainz, Krach, s.173; **Hobe, Konrad** (1962) Der Vorsatz bei den normativen Tatbestandsmerkmalen, Heidelberg, s.143.

²³ **Gettler**, s.29.

²⁴ **Ebert**, s.281; **Rolshoven**, s.45.

²⁵ **Hobe**, s.141.

²⁶ **Köhler, August** (1917) Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Leipzig, Veit, s.272.

kapsamına sokmak) olarak da tanımlanmaktadır. Ayrıca, *maddi olayı bildiği halde kişinin tipikliğin maddi unsurlarının uygulama alanı üzerinde hata yapması*²⁷, *yasak normun uygulama alanını failin dar yorumlaması veya değerlendirmesi*²⁸ olarak da tanımlanmaktadır. Bu tanımların yanında atlama hatası yerine, kavram hatası (*Begriffsirrtum*)²⁹, değerlendirme hatası (*Bewertungsirrtum*)³⁰, yorum hatası (*Auslegungsirrtum*)³¹, nitelendirme hatası (*Bezeichnungsirrtum*)³², tanımlama hatası (*Definitionsirrtum*)³³, anlam(landırma) hatası (*Bedeutungsirrtum*)³⁴, tasnif etme hatası (*Einordnungsirrtum*)³⁵ kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir.

Bu görüşler, “atlama hatası” kavramı etrafındaki tartışmaların çoğunun aslında kavramsal olduğunu göstermekte ve atlama hatasının hukuki anlamının belirlenmesinde büyük rol oynamaktadırlar.

Nasil tanımlandığından bağımsız olarak atlama hatasının hukuki anlamı da tartışmalıdır. Bu bağlamda atlama hatasını *kastı engelleyen hata* olarak değerlendirenler bulunmaktadır³⁶. Ancak bu görüşler “atlama hatasından” hep

²⁷ **Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz** (1992) *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 8. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, s.331.

²⁸ **Kühl, Kristian** (2017) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage München, Verlag Franz Vahlen, §13 kn.57.

²⁹ **Rolshoven**, s.9 ve 46; **Puppe, Ingeborg** (1990) “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, s.152.

³⁰ **Traub, Fritz** (1967) “Die umgekehrte „Parallelwertung in der Laiensphäre“ – Wahndelikt oder untauglicher Versuch? – BGHSt 13, 235”, *Juristische Schulung*, s.116; **Tunç**, s.8.

³¹ **Maurach/Zipf**, s.331; **Roxin, Claus** (2006) *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4. Auflage München: Verlag C. H. Beck, §12 kn.104; **Koca/Üzülmez**, s.260; **Yerdelen**, s.69 vd.

³² **Backmann, Leonhard E.** (1973) “Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum”, *Juristische Schulung*, s.300; **Schwegler**, s.101, 105, 135, 148 ve 151; **Sözüer**, s.482; **Ermann**, s.39 vd.

³³ **Hoffmann-Holland, Klaus** (2017) “§22”, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, §§1-51, München, §22 kn.90.

³⁴ **Kaufmann** (1949), s.172.

³⁵ **Joerden, Jan C.** (2018) *Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg, Springer, s.115.

³⁶ **v. Savigny**, s.327; **v. Liszt**, s.179 ve 180; **Binding** (1913), s.34; **Binding, Karl** (1918), *Die Normen und Ihre Übertretungen, Dritter Band: Der Irrtum*, Leipzig, Scientia-Verlag, 1918, §164, s.144 vd.; ayrıca bkz. **Kaufmann** (1949) s.173 ve 175; **Rolshoven**, s.45; **Hinderer, Patrick Alf** (2009) “Tatumstandsirrtum oder Verbotsirrtum?”, *Juristische Arbeitsblätter*,

aynı “hatayı” anlamazlar. Bu yazarlardan kimisi³⁷ altlama hatasını kavramsal olarak “fiilin kanuni kavramlara yanlış altlanması” olarak anlarken, kimileri³⁸ ise “fiilin sosyal kavramlara yanlış altlanması” olarak anlamaktadır.

Altlama hatasını *kastı engellemeyen hata* olarak nitelendirenler de mevcuttur. Altalama hatası bunlara göre “cezalandırılabilirlik hatası” veya duruma göre “yasak hatası” gibi değerlendirilmelidir. Bu sebeple altlama hatasını genelde şu şekilde değerlendirirler: “Altlama hatası kastı etkilemez, ancak yasak hatasına yol açabilir.”³⁹

Tüm bu görüşler altlama hatasının, sadece kavramsal anlamının ne olacağı konusunda değil, hukuken nasıl nitelendirileceği konusunda da son derece tartışmalı olduğunu göstermektedir.

Altlama hatasının tipikliğin hangi unsurlarında söz konusu olabileceği de tartışmalıdır. Bir görüşe göre, “somut olayın tam bilgisi ile hareket eden fail, olayla ilgili olmak üzere tipikliğin normatif bir maddi unsurunu lehine yanlış yorumlarsa”⁴⁰ altlama hatasına düşer. Dolayısıyla altlama hatası sadece tipikliğin **normatif unsurlarında** görülebilir⁴¹. Buna karşılık altlama hatasını tipikliğin **deskriptif unsurlarında** da mümkün görenler bulunmaktadır⁴².

s.867; **Roxin**, §12 kn.104, altlama hatasının bazen sadece normatif unsurlarda kastı ortadan kaldırdırabileceğini söyler.

³⁷ Örneğin v. **Liszt**, s.179 ve 180.

³⁸ **Kaufmann** (1949), s.173; **Nowakowski, Friedrich** (1953) “Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, S:65, s.397.

³⁹ **Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg** (2016) Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, §11 kn.66 vd.; **Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut** (2017) Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Auflage Heidelberg, C. F. Müller, kn.352; **Lesch, Heiko H.** (1996) “Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums”, Juristische Arbeitsblätter, s.506; **Koca/Üzülmöz**, s.260.

⁴⁰ **Maurach/Zipf**, s.331.

⁴¹ **Maurach/Zipf**, s.331; **Kaufmann** (1949), s.172.

⁴² **Welzel, Hans** (1954) “Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum)”, Juristenzeitung, s.279; **Engisch, Karl** (1954) “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht”, Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München und Berlin, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, s.43, 159 vd.; **Roxin**, §12 kn.102.

Normatif-deskriptif unsur ayırımını reddettiğinden atılma hatasını tüm unsurlar için mümkün görenler de mevcuttur⁴³.

B. TARTIŞMALARIN ATILMA HATASININ SUÇ TEORİSİNDEKİ KONUMUNA ETKİLERİ

1. Atılma Hatasının “Kast Kapsamında” Değerlendirilmesi

Kastın kapsamı, kastın bilme unsuru için gerekli olan koşulların neler olduğu ile ilgilidir. Bazı yazarlar kastın bilme unsurunu izah ederken “atılma” kavramını bir figür olarak kullanırlar. Bunlara göre fail somut hareketini soyut kavramların kapsamında doğru bir şekilde görebilmeli; yani hareketini ilgili kavramlara altlayabilmelidir ki, kasten hareket etmiş olsun. Bu çıkış noktasına uygun olarak da atılma hatasını, kastı engelleyen hata olarak kabul ederler⁴⁴. Zira bu hata türünde kast için gerekli olan atılma faaliyeti yoktur⁴⁵. Bu yazarlar failin kasten hareket edebilmesi için fiilini *hangi kavramlara atılması* gerektiği konusunda birbirinden ayrılırlar. Bu yazarlardan kimi⁴⁶ bu kavramların kanuni kavramlar olduğunu, kimileri⁴⁷ ise sosyal kavramlar olduğunu ileri sürer. Bu sebeple “atılma hatası kastı kaldırır” derken, aynı şeyi kast etmezler. Zira bunların kast için gerekli gördükleri koşullar birbirinden farklıdır ve dolayısıyla atılma hatasından anladıkları da birbirinden farklı olmaktadır⁴⁸.

Atılma hatası çoğu yazar tarafından ise kastın bilme unsuru açıklanırken negatif olarak konumlandırılır. Bunlara göre atılma hatası kast için önemsizdir. Zira kast için failin fiilini kavramlara atılması gerekli değildir.

⁴³ Örneğin bkz. **Schwegler**, s.103 vd.

⁴⁴ **v. Liszt**, s.179 ve 180; sadece tipikliğin deskriptif unsurlarında **Eichmann**, s.18; **Engisch, Karl** (1930a) “Besprechung der Schrift Eichmanns”, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, S:21, s.118; **Engisch, Karl** (1930b) Untersuchungen über Vorsatz und Fahrkässigkeit im Strafrecht, Berlin, Scientia-Verlag, s.82; ayrıca bkz. **Kaufmann** (1949) s.173 ve 175; **Rolshoven**, s.45.

⁴⁵ Kast için kavramlara atılma faaliyetini şart koşmalarına rağmen, atılma hatasını kastı ortadan kaldırmayan hata olarak değerlendirenler de vardır. Örneğin **Hobe**, s.143; **Ebert**, s.443.

⁴⁶ Örneğin bkz. **v. Liszt**, s.180

⁴⁷ Örneğin bkz. **Kaufmann** (1949) s. 173.

⁴⁸ Buna ilişkin tüm görüşlere ve gerekçelerine dair geniş bilgi için bkz. **Çınar** (2019), s. 10 vd.

Bugün Almanya’da herhangi bir ceza hukuku kitabında kastın bilme unsuruna ilişkin açıklamalara bakılsa, yüksek ihtimal şu tarz ifadelerle karşılaşılacaktır: Kast için fiilin kanuni unsurlara tam olarak atlanması gerekli değildir ve dolayısıyla atlama hatası kastın varlığını etkilemez⁴⁹. Bu görüşte olanlar kastın bilme unsurunu izah ederken birbirinden farklı görüşleri benimsemektedirler. Bunlara göre kast için kanuni bilgiyi gerekli görmek (fili kanuni unsurlara atlamak) çok aşırı bir koşuldur. Bunun için daha doğru, esasında daha hafif bir ölçüt belirlemek isterler. Ancak bu ölçütün ne olacağı konusunda da farklı teoriler ortaya atarlar. Bu bağlamda hâkim olan görüş tipikliğin unsurlarının normatif ve deskriptif olarak ayrılmasını baz alır. Buna göre failin kasten hareket edebilmesi için deskriptif unsurlarda fiilin doğal anlamını, normatif unsurlarda ise sosyal anlamını kavramış olması gerekli ve yeterlidir⁵⁰.

2. Atlama Hatasının “Haksızlık Bilinci Kapsamında” Değerlendirilmesi

Atlama kavramını failin ne zaman haksızlık bilinci (*Unrechtsbewusstsein*) ile hareket ettiğini belirlerken kullanan yazarlara da rastlanmaktadır. Buna göre failin haksızlık yapma bilinci ile hareket edebilmesi için fiilini kavramlara atlaması (*Subsumtion unter Begriffe*) gerekir.

Atlama hatasının iki şekli olduğunu savunan *Ebert*, ilk şeklini açıklarken, doğru bir şekilde kavranmış olayın normlara atlanması bahseder. Buradaki atlama faaliyetinin alt öncülünü-küçük önermeyi (*Untersatz der Subsumtion*), anlamı ile birlikte bilinmiş, anlaşılmış ve kavranmış olan olay oluştururken; üst öncülünü-büyük önermeyi, (*Obersatz*) norm oluşturur⁵¹. Atlama hatası burada haksızlık bilinci sorunsalından türemiş bir konu olarak görülür ve dolayısıyla kusur ile ilgilidir.

⁴⁹ Bunun için bkz. *Roxin*, §12 kn.101; *Kühl*, §5 kn.93; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, §11 kn.62; *Hettinger, Michael* (1989) “Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände- eine Einführung”, *Juristische Schulung*, L.18.

⁵⁰ Makalenin sınırlarını aştığından bu konulara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Çınar* (2019), s.12 vd.

⁵¹ *Ebert*, s.323.

A. Kaufmann ise hukuka aykırılık bilincinin (*Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*), fiilin kanuni kavramlara atlanması faaliyeti ile aynı anlama geldiğini söyler. Ona göre haksızlık bilinci konusu esasen bir atlama hatası problemidir⁵².

3. Atlama Hatasının “Hata Türlerinin Ayırımı Kapsamında” Değerlendirilmesi

Ceza hukuku hata öğretisinde hata türlerinin ayrımı konusu, her zaman merkezi bir sorun olmuştur. Ceza Kanunlarında⁵³ belli bazı hata türleri düzenlendiği ve “atlama hatası” şeklinde bir düzenleme mevcut olmadığı için, öğretilerde, atlama hatasını bu belirli hata hallerinin bir alt hali gibi görme anlayışı oldukça yaygındır.

Bu bağlamda fiilî hata-hukuki hata ayrımını baz alan yazarlar arasında atlama hatasının bu iki hata türünden birinin alt hali olarak görenler mevcuttur. Bu yazarların bir kısmı atlama hatasını fiilî hatanın⁵⁴, bir kısmı ise hukuki hatanın⁵⁵ özel bir hali olarak görmektedir. Bu yazarların bir kısmına göre ise atlama hatası duruma göre her iki hata türünden birinin özel hali olarak ortaya çıkabilir⁵⁶. Bunun yanında fiilî hata-hukuki hata-atlama hatası şeklinde üçlü bir tasnif yapanlar da bulunmaktadır⁵⁷.

⁵² Kaufmann (1949) s.174 vd.

⁵³ Alman Ceza Kanunu 16 ve 17. Paragraflarında Fiilî Olgular Üzerinde ve Yasak Hatası şeklinde iki hata düzenlenirken, Türk Ceza Kanunu Hata başlıklı 30. Maddesinde her iki hata türünü farklı fıkralarda düzenlenmiştir.

⁵⁴ Netice itibarıyla v. Savigny, s.325 ve 328; ayrıca Engisch (1930b), s.81 vd. ve 236; Kaufmann (1949), s.173 ve 175.

⁵⁵ Frank, Reinhard (1931) Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetz, 18. Auflage, Tübingen, Mohr, s.183 vd.; v. Lilienthal, Karl (1908) Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht, 3. Auflage, Marburg, Liebmann, s.40.

⁵⁶ Weiz, Gerhart (1931), "Die Arten des Irrtums. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre", (Doktora), Bonn Üniversitesi, Breslau, s.7 vd.

⁵⁷ v. Savigny, s.327; Gefßler, s. 218.

Olguda hata⁵⁸-yasak hatası (*Tatbestandsirrtum-Verbotsirrtum*) ayrımını baz alan yazarlar arasında da altlama hatasını bu iki hata türünden birinin alt hali olarak görme anlayışı oldukça yaygındır. Bu yazarların bir kısmı altlama hatasını olguda hatanın⁵⁹, bir kısmı yasak hatasının⁶⁰, bir kısmı ise duruma göre her iki hata türünün⁶¹ özel bir hali olarak görmekte ve hukuken de bu şekilde nitelendirmektedir. Bunun yanında doğası gereği altlama hatasını olguda hatanın bir görünümü olarak kabul ettiği halde, hukuken kastı engellemeyen ve duruma göre yasak hatasına yol açabilen bir hata olarak nitelendirenler de mevcuttur⁶². Ayrıca altlama hatasını cezalandırılabilirlik hatasının (*Strafbarkeitsirrtum*) özel bir hali olarak görenler⁶³ olduğu gibi olguda hata-yasak hatası ayrımından bağımsız olarak üçüncü bir hata türü olarak görenler⁶⁴; bir başka deyişle olguda hata-yasak hatası-altlama hatası şeklinde üçlü bir tasnif yapanlar da bulunmaktadır.

⁵⁸ Unsur hatası olarak nitelendirilen bu hatanın, aşağıda (III, A) etraflıca izah edeceğimiz üzere “olguda hata” şeklinde nitelendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

⁵⁹ **Gropp, Walter** (2015) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, §13 kn.100 vd.; **Rengier, Rudolf** (2017) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, §15 kn.4 vd.

⁶⁰ BGHSt. 7, s.23; 9, s.347; 13, s.138; 15, s.338; aynı şekilde **Rudolphi, Hans Joachim/Stein, Ulrich** (2007) “§17 Verbotsirrtum”, *Laufhütte, Heinric Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedeman, Klaus, Leipziger Kommentar StGB Band 1, Einleitung §§1-31, C:1*, Berlin, De Gruyter, §17 kn.21.

⁶¹ **Roxin**, §12 kn.102 vd.; **Schmidt, Rolf** (2018) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 19. Auflage Bremen, Verlag Dr. Rolf Schmidt, kn.284.

⁶² **Welzel** (1954), s.279; **Heinrich, Bernd** (2016) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. aktualisierte Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, kn.1079; **Baumann/Weber/Mitsch/Eisele**, §21 kn.7.

⁶³ **Freund, Georg** (2009) *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2. Auflage Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, §4 kn.71; **Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas** (1996) *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, §29 V kn.7a.

⁶⁴ **Kasiske, Peter** (2011) *Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, s.81; **Joerden**, s.115.

4. Atlama Hatasının Bağımsız Değerlendirilmesi

Atlama hatasına farklı ve kendine has içerikler atfedenler de vardır. Örneğin; atlama hatası kavramını, hukuken önem arz eden tüm hata türlerini ifade etmek için kullanan;⁶⁵ herhangi bir hata olarak görmeyip, tüm hata türlerinin bir oluşum şekli⁶⁶; genel anlamda hatanın dayanak noktası⁶⁷ olarak görenler mevcuttur.

Farklı atlama hatalarının olduğu da savunulmaktadır. Buna göre atlama hatası kavramı altında farklı özelliklerde birden fazla atlama hatası vardır⁶⁸. Bu sebeple atlama hatasının her bir şekli de hukuken farklı olarak nitelendirilmelidir. Farklı atlama hatalarının olduğunu kabul edenler ya bunların tümünü⁶⁹ veya sadece birini⁷⁰ dikkate almaktadır.

C. ARA SONUÇ

Tartışmaların çeşitliliği ve çokluğundan çıkarılacak sonuç, atlama hatasının ceza hukukunda müstakil ve çözümü zor bir problem olduğudur. Hatta literatürde bu problemin hukukçular tarafından çözülemeyeceğini iddia edenler dahi olmuştur⁷¹. Bu problemi ele alıp çözmek, hem onun kavramsal anlamını hem de hukuki anlamını ortaya koymakla olur.

⁶⁵ **Binding** (1913), s.34; Her ne kadar burada hukuken önem arz eden tüm hata hallerini atlama hatası şekline nitelendirse de, daha sonra bu düşüncesinden “Normen” adlı eserinde vaz geçmiştir: **Binding** (1918), s.188.

⁶⁶ **Gettler**, s.28.

⁶⁷ **Walter, Tonio** (2006) *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, Tübingen, Mohr Siebeck, s.236.

⁶⁸ **Engisch** (1930b), s.82 vd.; Engisch’e tamamen katılarak aynı zamanda **Rolshoven**, s.25; ayrıca **Kaufmann** (1949), s.174 vd.; **Hobe**, s.141 vd.

⁶⁹ **Ebert**, s.323 vd.; **Schmidt**, kn.207, 209, 211, 279a ve 284.

⁷⁰ **Kaufmann** (1949), s.175; **Hobe**, s.142; **Engisch** (1930b), s.82 vd.; **Rolshoven**, s.25.

⁷¹ **Engisch** (1930b), s.82; **Engisch** (1930a), s.119; benzer şekilde **Eichmann**, s.63; bu düşüncenin eleştirisi için bkz. **Rolshoven**, s.48 vd.; **Ebert**, s.489; **Hobe**, s.2; **Çınar** (2019), s.259 vd.

II. ALTLAMA HATASININ KAVRAMSAL ANLAMI

Literatürde mevcut olan tanımlardan birini tercih etmek altlama hatası probleminin çözümüne katkı sağlamaz. Dolayısıyla asıl sorun, altlama hatasının anlamının *nasıl* belirleneceğidir. Bu sebeple herhangi bir ifadenin anlamını bulmaya yarayan ve dolayısıyla altlama hatasının kavramsal anlamını belirlemeye de yardımcı olacak objektif ölçütler belirlenmelidir. Bu ise aslında semantik (anlambilim) biliminin konusu olup⁷², *kavram* kavramına dair kısa bir inceleme yapmayı zorunlu kılmaktadır⁷³.

A. “KAVRAM” İFADESİNİN AÇIKLANMASI

Kavram bir göstergeye (kelime) bağlanmış anlamsal içeriktir⁷⁴. İçeriğin kendisi soyut olsa da soyut veya somut varlıklara dayanır. Kavram bu sebeple, maddi veya düşünsel (tasavvur edilmiş, akli) bir şeyin (varlığın) nitelendirilmesi olarak da tanımlanabilir⁷⁵. Burada semantik üçgenden bahsedilir: varlık-kaplam (*Gegenstand-Extension*), anlam-içlem (*Bedeutung-Intension*) ve gösterge (*Zeichen*)⁷⁶. Varlık, kavramın kapsamı; anlam, içeriği; gösterge ise ifadesidir.

⁷² **Kalinowski, Georges** (1979) “Zur Semantik der Rechtssprache”, Krawietz, Werner/Opalek, Kazimierz/Peczenik, Aleksander/Schramm, Alfred, Rechtstheorie, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Beiheft 1, Berlin, s.244; **Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut** (1982) Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München, Beck, s.126 vd.

⁷³ Burada sadece yüzeysel açıklamalar yapılmıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Çınar** (2019), s. 25-57.

⁷⁴ **Dopslaff, Ulrich** (1985) Wortbedeutung und Normzweck als die maßgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen, Frankfurt am Main (u. a.), Lang, s.19; **Wank, Rolf** (1985) Die juristische Begriffsbildung, München, Beck, s.35; **Demko, Daniela** (2002) Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, Berlin, Duncker & Humblot, s.46.

⁷⁵ **Gast, Wolfgang** (2015) Juristische Rhetorik, 5. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, kn.208.

⁷⁶ **Koch/Rüßmann**, s.127 vd.; **Wank**, s.10 vd.; **Demko**, s.50 vd.

Bir kelimenin anlamının ne olduğunu belirlemek, anlambilimin (*Bedeutungslehre*) konusudur⁷⁷. Bu konuda farklı teoriler geliştirilmiştir. Natürallizme (*Naturalismus*) göre sözcük ile anlamı arasında doğal bir ilişki vardır. Bu sebeple oluşumu ve ifade ediliş tarzı gibi hususlar, sözcüğün anlamı bakımından belirleyici olmaktadır⁷⁸. Kasıtlılık (*Intentionalismus*) teorisine göre sözcüğün anlamının tespitinde belirleyici olan, konuşanın onu kullanırken hangi anlamı kast ettiğidir. Sözcüğün anlamı, dile getirildiğinde ortaya çıkar⁷⁹. Son olarak mutabakat teorisi (*Konventionalismus*) ise sözcüğe hangi anlamın yükleneceği konusunda, o sözcüğü kullananların üzerinde mutabık oldukları anlamı baz alır⁸⁰.

Bir ifadenin terim anlamını belirlerken, bu üç teoriden mülhem olarak şu üç kriterin uygulanabileceğini düşünüyoruz: Kasıtlılık teorisinden mülhem olarak *ilk kavramlaştırma*, mutabakat teorisinden *uzlaş* ve natürallizm teorisinden *lafzi anlam*.

İlk kavramlaştırma kriteri, özel bir kavramın hangi anlama geldiğini, o kavramı ilk icat eden kişinin veya kanunun ona hangi anlamı verdiğine bakarak belirlemektir. Kelimeye başlangıçta verilen anlamın tespiti ise her zaman kolay değildir. Zira kavramların anlamlarında revizyonlar olabilir. Bu durumda kavramın tarihsel seyrine bakmak gerekebilir⁸¹. Bu kriter, oluşum seyri tespit edilebildiğinden özellikle terimlerde başvurulabilecek bir kriterdir.

Uzlaş kriteri, üzerinde uzlaş olan anlamı, ifadenin doğru anlamı olarak kabul etmek demektir⁸². Bu anlamı tespit etmek, bu ifadenin ilgili disiplinde şu ana kadar ve şimdi hangi anlamda kullanıldığını tespitten geçer⁸³. Bu sebeple,

⁷⁷ Örneğin bkz. **Dopsloff**, s.17 vd.; Hem kavram bilimi hem de anlambilim semantik üçgene dayanır. Bunun için bkz. **Wank, Rolf** (1985), *Die juristische Begriffsbildung*, München, s.35.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz. **Koch/Rüßmann**, s.159, 163; **Wank**, s.11.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Koch/Rüßmann**, s.139.

⁸⁰ Bunun için bkz. **v. Savigny, Eike** (1974) *Die Philosophie der normalen Sprache*, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, s.275; ayrıntılı bilgi için **Koch/Rüßmann**, s.158 vd.

⁸¹ Örnekler için bkz. **Çınar** (2019), s.47, 48.

⁸² **v. Savigny**, s.275.

⁸³ Kullanma Teorisi için bkz. **Wittgenstein, Ludwig** (1967) *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, bölüm 43: “Bir kelimenin anlamı dildeki kullanımıdır.”

belirli bir ilmi disipline ait ifadelerde, o disipline mensup uzman kişilerin o ifadelere yükledikleri ortak anlamın ne olduğu belirlenmelidir⁸⁴.

Lafzi anlam kriteri, bir kelimenin kavramsal anlamının tespitinde sözcük anlamını baz almaktır. Her ne kadar lafız, semantik üçgende gösterge olarak karşımıza çıksa da aynı zamanda bir bilgi/anlam taşıyıcısıdır⁸⁵. Lafız, anlamını taşıdığı kavramı itibari olarak (nominal-lafzi) tanımladığından taşıdığı anlam, kavramın anlamı olarak kabul edilebilir⁸⁶. Bu sebeple bir kelimenin dilde hangi anlamda kullanıldığı, ana kriter olmalıdır⁸⁷. Zira kavramlar içeriklerini dil aracılığı ile odaya koyarlar⁸⁸. Zira dil, “kavramların anasıdır”⁸⁹ ve hukuk kavramları “içeriği itibariyle hukuk alanına, ifade edilişi itibariyle de dil alanına aittir”⁹⁰.

Atlama hatası terimi ile işaret edilen mana *içlem*ini, hatanın kapsamına giren hata olayları ise *kaplam*ını oluşturur. Kavramsal anlamı (içlem) tartışmalı olduğundan, ceza hukukundaki hangi hata olaylarının atlama hatası oldukları (kaplam) da tartışmalı olmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda atlama hatasını peşinen keyfi olarak tanımlamak yerine, kavramsal anlamını bulup ortaya çıkarma ve akabinde hukuki önemini izah etmeyi, objektif yöntem olarak kabul ettik. Buna uygun olarak yukarıda belirlenen kriterleri, atlama hatası ifadesine de tatbik etmek gerekir.

Üzerinde ceza hukukçuları arasında herhangi bir mutabakat olmadığından atlama hatasının kavramsal anlamı uzlaşma kriterine göre belirlenemez.

⁸⁴ **Kaufmann** (1982), s.3: "...hukuk dilinde [...] özel bir durum vardır: o argo dili, yerleşik dil, normal dil değildir. Zira uzman kişiler burada özel bir kullanım için anlaşmışlardır."

⁸⁵ **Wolter, Thomas** (1994) Die juristische Subsumtion als institutioneller Zeichenprozeß. Eine interdisziplinäre Untersuchung der richterlichen Rechtsanwendung und der forensischen Kommunikation, Frankfurt am Main, Lang, s.90; **Hatz, Helmut** (1963) Rechtssprache und juristischer Begriff, Rechtssprache und juristischer Begriff: vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes Stuttgart, Kohlhammer, 1963, s.51; Demko, s.35.

⁸⁶ **Koch/Rüßmann**, s.280; **Wank**, s.55, 56; **Gast**, kn.205.

⁸⁷ **Hatz**, s.69; **Wolter**, s.44 vd., 91.

⁸⁸ **Gast**, kn.225.

⁸⁹ **Hatz**, s.71.

⁹⁰ **Hatz**, s.69; **Demko**, s.42.

Uzun zamandan beridir⁹¹ ceza hukukunda yerleşik olmasına rağmen, altlama hatası ifadesinin başlangıçtaki kavramsal anlamını kesin olarak tespit etmek, bugünkü verilerle mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple ilk kavramlaştırma kriteri de uygulanamayacaktır.

Bu durumda lafzi anlam kriterine başvurmak ve çıkacak sonucun altlama hatasının kavramsal anlamı olduğunu kabul etmek zaruri olmaktadır. “Arlama hatası” lafzı ile açıkça bir hata türü nitelendirilmek istenmiştir. Kelimelerin işaret ettikleri kavramların anlamlarını esas itibariyle taşımaları sebebiyle⁹², altlama hatası kavramını oluşturan münferit kelimelerin (altlama ve hata) kavramsal anlamını ortaya koymak gerekecektir.

B. ALTLAMA HATASININ KAVRAMSAL ANALİZİ

1. Altlama Kavramının İzahı

Arlama kavramı, arlama hatası kavramının alamet-i farikasıdır. İdraç ve altakoyma (*Unterordnung*) kavramları ile eşanlamly olan arlama (*Subsumtion*), zihin dünyasında bir şeyi başka bir şeyin kapsamında görme durumunu ifade eden soyut bir kavram olup, özel zihni bir faaliyeti nitelendirir⁹³. Bu faaliyette bir şey aralarındaki benzerlik sebebiyle başka bir şeyin altında tasavvur edilir; bu iki şey düşünsel olarak birbiri ile karşılaştırılır ve bir sonuca varılır⁹⁴. Bu iki şeyden birine büyük önerme ya da üst öncül (*Obersatz*), diğerine küçük önerme ya da alt öncül (*Untersatz*) denebilir. İki önermenin mantiki olarak kıyaslanmasıyla sonuç önerme (*Schlussatz*) ortaya çıkar. Büyük önerme küçük önermeyi kapsamına alabilir; küçük önerme, büyük önermeye atlanabilir.

Arlama, felsefe, mantık ve aşığıda ayrıntıları ile ele alacağımız üzere hukuk gibi bilimsel dillerde bir terim olarak yerleşiktir. **Arlama hatası** ise, bir hukuk kavramıdır. Bu sebeple sadece hukuk dilinde yerleşik olan arlama

⁹¹ Tespitlerimize göre arlama hatasının farklı fonksiyonlarda kullanımı kronolojik olarak şu yazarlara kadar geri götürülebilmektedir: **Jenull**, s.149, 158; v. **Savigny**, s.111 vd., 325 vd.; **Geßler**, s.218 vd. Ancak yine de bu kavramın kim tarafından hangi anlamda oluşturulduğunu tespit etmek güçtür.

⁹² **Wolter**, s.90; **Dopsloff**, s.50 vd.; **Hatz**, s.51.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çınar** (2019), s.60 vd.

⁹⁴ **Hobe**, s.144; **Gettler**, s.29.

kavramı ele alınacaktır. Ne var ki hukukta da atlama kavramı iki ayrı alanda karşımıza çıkmaktadır.

a. Hukuk Metodolojisinde Bir Kavram Olarak Altlama

Burada hukukun üçüncü bir kişi (hâkim) tarafından olaya uygulandığı bir süreç söz konusudur⁹⁵. Bu süreçte başvuru mantığı yöntem, geleneksel görüşe göre kıyastır (*Sylogismus*)⁹⁶. “A, B’nin yüzüne yumruk atmıştır” olayının çözümü **hukuki kıyasta** şu şekildedir:

Büyük Önerme: *Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır* (TCK m. 86).

Küçük Önerme: *A B’nin vücuduna acı vermiştir.*

Sonuç Önerme: *A bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Kıyasta iki öncül vardır: büyük ve küçük önerme. Sonuç önermenin doğruluğu, bu iki öncülün doğruluğuna bağlıdır⁹⁷. Kıyasta büyük önermeyi kanundan çıkarılmış olan hukuk kuralı, *küçük önermeyi ise somut olayın kanuni tipi gerçekleştirip gerçekleştirmediği noktasında yapılan değerlendirmenin sonucu oluşturur*⁹⁸.

Hukuk metodolojisinde atlama kavramının terim anlamı üzerinde uzlaşma yoktur⁹⁹. İlk kavramlaştırma kriteri dikkate alınacak olursa, bu kavramı hukuk metodolojisinde ilk kullanan kişi ise G. W. Leibniz’dir¹⁰⁰. Bu yazar ile bugün hâkim olan görüş, atlama kavramını *hukuki kıyasta küçük önermeyi*

⁹⁵ **Engisch, Karl** (1963), *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Auflage, Heidelberg, Winter, s.3 vd.; **Kindhäuser, Urs** (2017) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, §27 kn.9.

⁹⁶ **Heidingsfelder, Thomas** (1991) *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, Berlin, Duncker & Humblot, s.19 vd.; **Larenz, Karl** (1991) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Auflage Berlin, Heidelberg/New York, Springer, s.271 vd.

⁹⁷ **Bung, Jochen** (2004) *Subsumtion und Interpretation*, Baden-Baden, Nomos, s.24.

⁹⁸ **Larenz**, s.274.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çınar** (2019), s.71-90.

¹⁰⁰ **Leibniz, Gottfried Wilhelm** (1667), *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae II*, Francofurti, Zunneruz, §11; Eserin Almanca çevirisi için bkz. **Busche, Hubertus** (2003) *Gottfried Wilhelm Leibniz. Frühe Schriften zum Naturrecht, Lateinisch-Deutsch*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, s.27 vd.

oluşturmak şeklinde anlamaktadır. Bu durumda altlama, hâkimin önüne gelen somut olayın hukuku ihlal edip etmediğini belirlemesidir. Bu belirlemede somut olay, kanuni tipe altlanır (altlama); onun kapsamına alınır; ona derç edilir (idraç)¹⁰¹.

b. Kast-Hata-Kusur Sorunsalında Bir Kavram Olarak Altlama

Altalama hatası hukukta ayrıca, kast, hata ve kusur alanlarında karşımıza çıkmaktadır. Buradaki altlama faaliyetinin öznesi hâkim değil, hukukçu olmayan faildir. Bu sebeple failin bilgisi ve bu bilginin hukuki mahiyeti önem arz eder. Nitekim TCK m. 4, m. 21/1 ve m. 30/1’de failin bilgisine işaret vardır. Failin bilgisi kast veya kusurunun kabul edilmesi, bilgisizliği ise kastının ya da kusurunun olmaması şeklinde sonuçlanabilir.

Bu hukuki düzenlemeler dikkate alındığında failin bilgisi dört düzeyde¹⁰² ele alınabilir.

i- Fiili Olgu Bilgisi (*Tatsachenkenntnis*)

Bu bilgi düzeyi, fiilin; gerçekten somut olarak var olan olguların bilinmesi ile ilgilidir¹⁰³. Bu düzeyde edinilen bilgi sayesinde, fiili olguların *doğal mana içerikleri* kavranmış olur¹⁰⁴. Olgular; yani birer kavram olan *deskriptif (betimleyici)* unsurların kapsamına giren varlıklar¹⁰⁵, “fiili-deneysel

¹⁰¹ **Serozan**, s. 2426.

¹⁰² Bu bilgi düzeylerine dair geniş bilgi için bkz. **Çınar** (2019), s.94 vd.; **Çınar, İsmail** (2020) “Hırsızlık Suçunun Maddi Unsurlarından ‘Malın Başkasına Aidiyeti’ ve Bu Unsurun Kast Bağlamında Yol Açtığı Sorunlar”, Üstün, Süleyman/Çoban-Atık, Ayşegül/Bayraktar, Tuğba, Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Kamu Hukuku Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, s.201 vd.

¹⁰³ **Rolshoven**, s.27 vd.; **Bachmann**, Jochen (1993) Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Sreuerstrafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, s.43 vd.; **Nierwetberg, Rüdiger** (1985) “Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum- Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?”, Juristische Ausbildung, s.239 vd.

¹⁰⁴ **Hoffmann-Holland, Klaus** (2015) Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, kn.56; **Hinderer**, s.866; **Erdem, Mustafa Ruhan** (2019) “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, D.E.Ü Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C:21, S:Özel Sayı, s.46.

¹⁰⁵ **Çınar** (2020), s.200.

katmanları”¹⁰⁶ itibariyle idrak edildiklerinde, doğal mana içerikleri de kavranmış demektir. Restoran çıkışı alınan şeyin ceket olduğu bilgisi, duyuşal olarak elde edildiğinden, fiili olgu bilgisidir.

ii- Anlam Bilgisi (*Bedeutungskennntnis*)

Bu bilgi düzeyi, düşünsel dünyada var olan, soyut ve tasavvur edilebilen (*belirlenen (normatif) olgular*) olguların bilinmesi ile ilgilidir¹⁰⁷. Kastın varlığı için belirlenen (normatif) olgularda hâkim olan görüşe göre fiili olguların *hukuki-sosyal anlamı* kavranmış olmalıdır¹⁰⁸. Bu anlamın nasıl kavrandığı konusunda iki ihtimal vardır.

İlk ihtimalde bu anlam tam bir duyuşal algı ile kavranabilir. Restorandan başkasına ait ceketini yanlışlıkla alan kişi, ceketin başkasına ait olup olmadığını, normatif bir unsur olduğundan duyuşal olarak algılayamaz. Ancak biraz daha dikkat ederse, sözgelimi ceplerini karıştırırsa, duyuşal olarak malın başkasına aidiyetini algılayabilir.

İkinci ihtimalde ise belirlenen olgunun anlamının kavranabilmesi için bir değerlendirme yapmak gerekir. Terziye beden ölçülerini vererek peşin para ile özel bir ceket sipariş eden kişi, terzinin sebepsizce teslimden imtina etmesi üzerine kendisinin addederek ceketini terzinin rızası hilafına almak istediğinde, ceketin kime (kendisine mi terziye mi) ait olduğunu ne kadar dikkat ederse etsin duyuşal olarak algılayamaz; bunun için bir değerlendirme yapması gerekir. Bu değerlendirme hukuki-sosyal bilgiyi veren ve olguya ilişkin (*Sachverhaltsebene*) yapılan bir değerlendirmedir. Dolayısıyla değerlendirmenin hareket noktası norm değil olgudur. Tartışmalı olmakla beraber hâkim olan görüş isabetli olarak yapılacak bu değerlendirmenin, sonradan hâkimin yapacağı değerlendirmeye paralel bir değerlendirme olması

¹⁰⁶ **Kühl**, §5 kn.91; **Jakobs, Günther** (1991) *Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2. Auflage., Berlin/New York: Walter de Gruyter, §8 kn.49.

¹⁰⁷ Bu bilgi düzeyine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Ebert**, s.346 vd.; **Bachmann**, s.35 vd.; **Nierwetberg**, s.240 vd.

¹⁰⁸ **Kaufmann** (1949), s.173; **Nowakowski**, s.397; **Hobe**, s.143; **Mezger, Edmund** (1949) *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, Berlin/München, Duncker & Humblot, s.328; **Roxin**, §12 kn.101.

gerektiğini söyler¹⁰⁹. Buna “hukuk dışı alanda paralel değerlendirme (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)”¹¹⁰ denir.

iii- Yasak Bilgisi (*Verbotskenntnis*)

Bu bilgi düzeyi, failin norm seviyesinde elde ettiği ve içinde bulunduğu somut olayın tümü ile alakalı bilgisidir. Dolayısıyla kusur ile alakalıdır. Bu bilgi sayesinde genel *hukuki anlam* kavranmış olur. Böylece fail failinin yasaklılığına ilişkin bilgilenmiş olur. Buna *haksızlık bilinci* de denir. Haksızlık bilinci, failde bulunan, hukuk düzeninin veya hukuk ilkelerinin ihlal edildiği bilincidir¹¹¹.

iv- Kanun Bilgisi (*Gesetzeskenntnis*)

Kanundan kasıt ceza kanunlarıdır. Bu bilgi düzeyi failin norm seviyesinde elde ettiği ve içinde bulunduğu olayın ceza kanunları karşısındaki durumuna ilişkin bilgisidir. Dolayısıyla kusur ile alakalıdır. Bu bilgi sayesinde *cezai anlam* kavranmış olur. Bu sebeple bu bilgi failde *cezalandırılabilirlik bilinci* oluşturur. Bu bilincin elde edilmesi iki türlü olabilir.

İlk ihtimalde failin içinde bulunduğu olayın cezai anlamını kavramasının sebebi, ilgili cezai yasak veya normları bilmesi, *ikinci ihtimalde* ise yaptığı yorumdur. Failin yorumu, maddi olayın ceza normları karşısındaki durumunu takdir etmesidir (*Subsumtion*-altlama). Normalde hâkimin yaptığı bu faaliyeti burada paralel olarak fail yaptığından, bu yoruma “hukuk dışı alanda paralel yorum (*Parallelauslegung in der Laiensphäre*)”¹¹² denebilir.

v- Failin Bilgisi ve Altlama

Her bir bilgi düzeyinde teorik olarak bir altlama faaliyetinden bahsedilebilir. Zira altlama kavramının sözcük anlamı buna imkân vermektedir: kavranan somut varlığın (küçük önerme) kendisi ile kavrandığı soyut kavramın (büyük önerme) altında görülmesi faaliyeti. Bu faaliyette küçük

¹⁰⁹ Esas itibarıyla bu görüşü kabul edenlere örnek olarak bkz. **Mezger**, s.328; **Welzel**, Hans (1969) *Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung*, 11. Auflage, Berlin, De Gruyter, s.76; **Roxin**, §12 kn.101; **Hoffmann-Holland**, kn.157; **Kühl**, §5 kn.93.

¹¹⁰ **Mezger**, s.328.

¹¹¹ **Lesch**, s.504; **Backmann**, s.456; **Rudolphi**, **Hans Joachim** (1969) *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, Schwartz, s.57 vd.; **Ebert**, s. 26, 55 vd.

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çınar** (2019), s.176 vd.

önerme altlanan (alta alınan), büyük önerme ise altlayan (alta alan) olarak da nitelendirilebilir.

Kavranan şey (küçük önerme); fiili anlam bilgisinde betimlenen (deskriptif), anlam bilgisindeyse belirlenen (normatif) maddi bir olgu; yasak ve kanun bilgisinde ise somut olaydır. *Dolayısıyla küçük önerme, altlamanın somut tarafını oluşturur.* Kavranan bu somut olgu ve olayların kapsamına girdiği ve dolayısıyla kendilerine altlandıkları/derç edildikleri soyut kavramlar (büyük önerme) ise; fiili anlam bilgisinde betimleyici (deskriptif), anlam bilgisindeyse belirleyici (normatif) unsur; yasak bilgisinde genel hukuki anlamı veren, kanun bilgisinde ise cezai anlamı veren normlardır. *Dolayısıyla büyük önerme, altlamanın soyut tarafını oluşturur.*

vi- Kast ve Atlama

Atlama kavramının bu dört bilgi düzeyinden hangisi olarak anlaşılacağı konusu, atlama kavramının kastın bilme unsurunda üstlendiği rol ile birlikte gündeme gelmektedir.

Şöyle ki, **bir tarafta** failin kasten hareket edebilmesi için bir atlama faaliyeti yapması gerektiğini savunanlar mevcuttur. Ancak bunlar atlama derken aynı faaliyeti kast etmemektedirler. Bunların kast için şart gördüğü atlamada ortak olan şey, küçük önermedir (*Untersatz*): cezai fiil (failin fiili). Ayrıca atlama faaliyetini icra edenin (altlayanın) kim olduğu da bellidir: hukukçu olmayan fail. Bu yazarları ihtilafa düşüren ise şu sorudur: Büyük önerme nedir?¹¹³ Yani fail fiilini neyin kapsamında görürse kasten hareket etmiş addedilecektir. Bu soruya iki farklı cevap verilmiştir. *İlk cevaba* göre büyük önermeyi kanuni kavramlar oluşturur. Yani fail, failinin doğal ve sosyal anlamının ötesinde, norma ilişkin olan dördüncü bilgi düzeyinde hareket etmiş; failinin cezai anlamını kavramış olmalıdır ki, kasten hareket etmiş olsun¹¹⁴. Bu görüşün failden yapmasını beklediği atlama, hâkimin yargılama aşamasında yapacağı atlama faaliyetine paralel olduğundan, bu atlamaya **paralel atlama** denebilir. *İkinci cevaba* göre ise büyük önerme kanun değildir. Fail fiilini sosyal

¹¹³ Krş. **Eichmann**, s. 18; **Kunert, Karl-Heinz** (1958) Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin, De Gruyter, s.6, 9.

¹¹⁴ Bkz. **v. Liszt**, s.179; bilgi ve eleştiri için bkz. **Çınar** (2019), s.110 vd., 220 vd.

kavramların¹¹⁵, fiilin anlamını kavratan kavramların¹¹⁶ kapsamında görmelidir ki, kasten hareket etmiş olsun. Aslında burada kast edilen, failin fiilin sosyal anlamını kavramış olmasıdır. Dolayısıyla fail kasten hareket edebilmek için, ilk iki bilgi düzeyinde hareket etmiş olmalıdır.

Diğer tarafta kast için herhangi bir atlama faaliyetinin gerekli olmadığı savunulur¹¹⁷. Baskın olan bu görüş kastın bilme unsurunu açıklarken, atlama kavramına yer vermez. Bu görüşün “atlama gerekli değildir” derken atlama kavramına yüklediği anlam ise, dördüncü bilgi düzeyindeki anlamdır: somut fiilin cezai norm kapsamında görülmesi (**paralel atlama**).

vii- Sonuç: Kast-Hata-Kusur Alanlarındaki İki Atlama Kavramı

Kast-hata-kusur konularında yerleşik iki farklı atlama kavramı vardır. Bunlardan ilkinin anlamı, somut fiilin sosyal anlamının fail tarafından kavranması, ikincisinin anlamı ise somut fiilin cezai anlamının fail tarafından kavranmasıdır. Baskın olan görüş atlama kavramına ikinci anlamı verir: fiilin fail tarafından cezai norm kapsamında görülmesi. Bu atlamayı, hâkimin karar verirken somut olayı kanunun kapsamında görmesi ile paralellik arz ettiğinden, **paralel atlama** olarak nitelendirmiştik. Dolayısıyla paralel atlamada fail, kendi fiilin cezai norm karşısındaki durumunu öğrenmiş olur. Hâkim atlama yaptığında ise failin fiilin cezai norm karşısındaki durumunu belirlemiş olur. Ancak iki atlamanın birbirine paralel olduğunu, aynı olmadığını vurgulamak gerekir. Zira hâkimin kanuni bilgisi (büyük önerme) ile failin kanun bilgisi aynı olmadığı gibi, olaya ilişkin bilgileri (küçük önerme) de aynı değildir¹¹⁸.

Peki kast-hata-kusur sorunsalında yerleşik iki atlama kavramından hangisi terim anlam olarak seçilmelidir? Bu soruya da yine bir ifadenin anlamının belirlenmesine ilişkin kriterler ışığında cevap vermek gerekir. İfade edelim ki, somut fiilin sosyal anlamının fail tarafından kavranması anlamına gelen atlama kavramı, paralel atlama kavramından çok sonraları oluşmuştur. Kavramın ilk kullanıldığı zamanlar¹¹⁹ ve bugün hâkim olan görüşe göre atlama,

¹¹⁵ Kaufmann (1949), s.173.

¹¹⁶ Ebert, s.324.

¹¹⁷ Frank, s.183; Mezger, s.328.

¹¹⁸ İki atlama arasındaki fark için bkz. Çınar (2019), s.121 vd.

¹¹⁹ Örneğin bkz. Jenull, s.149 ve 158.

failin failinin cezai anlamını bilmesidir (paralel atlama). Dolayısıyla bu anlam tercih edilecektir.

2. Hata Kavramının İzahı

a. Hata Kavramı

Genel bir kavram olarak hata bir şeye ilişkin yanlış tasavvurdur¹²⁰. Ceza hukukuna ait bir kavram olarak hata şu şekilde tanımlanabilir: “*Ceza hukuku açısından önemli sonuçları olan, yanlış varsayım ya da bilmeme şeklinde ortaya çıkan, tasavvur ile gerçekliğin uyuşmaması durumuna hata denir.*”¹²¹

b. Hatanın Türleri

Failin dört temel bilgi düzeyinde ve o düzeylerde yer alan olgu ve normlara ilişkin failde oluşan yanlış tasavvur veya tasavvur yokluğu hata adını alır. Hangi hata türünün olduğu, hatanın hangi bilgi düzeyinde gerçekleştiğine göre belirlenebilir. Burada ele alınan hata türleri, hatanın “yanlış varsayım” değil, sadece “bilmeme” formu baz alınarak belirlenmiştir.

i. Fiili Olgu Hatası

Failde fiili olgu bilgisi yoksa, fiili olgu hatasına (*Tatsachenirrtum*) düşmüş olur. Fail bu hatada suçun kanuni tanımında yer alan maddi bir unsuru (gerçekleştiren maddi bir olguyu) bilmemektedir. Dolayısıyla bu hata, olguda (unsurda) hata kapsamında olup kastı engeller.

Örnek: B, restoran çıkışı arabasını getiren çalışan Ç’ye az evvel çıktıkları restorana gidip unuttuğu siyah ceketini almasını söyler. Ç gittiğinde askıda siyah bir ceket ve siyah bir mont vardır. Ceket ve montu sürekli karıştıran Ç, montu ceket sanarak başkasına ait montu alıp B’ye getirir. Ç başkasına ait taşınır bir malı aldığını bilmemektedir.

ii. Anlam Hatası

Failde anlam bilgisi yoksa, anlam hatasına (*Bedeutungsirrtum*) düşmüş olur. Nasıl ki anlam bilgisi fiili olguya ya da değerlendirmeye dayalı olarak iki

¹²⁰ Hettinger, L.71.

¹²¹ Çınar (2019), s.143.

şekilde elde edilebiliyorsa, anlam bilgisinden yoksunluk (hata) da iki şekilde gerçekleşebilir:

İlk ihtimalde fail belirlenen (normatif) olguya ilişkin bilgisizlik durumuna düşer. Bunun sebebi failin o olguyu duyusal olarak tam algılamamasıdır. Bu hata da kastı engeller. Çalışmanın devamında **anlam hatası** derken sadece bu ihtimali kast ediyor olacağız.

Örnek: Restorandan başkasına ait ceketini yanlışlıkla alan A, ceketin başkasına ait olup olmadığını, normatif bir olgu olduğundan duyusal olarak algılayamaz. Ancak biraz daha dikkat ederse, sözgelimi ceplerini karıştırırsa, duyusal olarak malın başkasına aidiyetini algılayabilir.

İkinci ihtimalde ise fail yine belirlenen bir olguya ilişkin bilgisizlik durumuna düşer. Ancak bunun sebebi bu sefer failin o olguyu duyusal olarak tam algılamaması değil, yaptığı yanlış değerlendirme sebebiyle failinin sosyal anlamını kavramamasıdır. Bu hataya biz “**değerlendirme hatası**”¹²² adını veriyoruz. *Bu hata türünün her zaman bir anlam hatası olamayacağını belirtmek gerekir.* Bu hata türünün kastı engelleyip engellemediği, kastın kapsamına nelerin dahil olduğu konusuna bağlıdır. Hâkim olan görüşe göre bu değerlendirme ile elde edilmesi gereken anlam, sosyal anlam, bu anlamı veren değerlendirme ise “hukuk dışı alanda paralel değerlendirilmez (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)”¹²³. Eğer fail belirlenen (normatif) olguları daha sonra hâkimin yapacağı değerlendirmeye paralel olarak kendi bilgi düzeyinde değerlendirmişse, kendisinde sosyal anlam bilgisinin var olduğu objektif olarak kabul edilir; velev ki kendisi isabetli bir değerlendirme yapmış olmasına rağmen unsura ilişkin sosyal anlam bilgisini kavramamış olduğunu düşünsün. Bu sebeple tüm değerlendirme hataları kastı engellemez. Dolayısıyla değerlendirme hatasına düşen failde, kast için gerekli olan anlam bilgisinin doğal olarak olmadığı sonucuna varılamaz. Değerlendirme hatasına düşen kişinin bu hata sebebiyle anlam bilgisinden de mahrum olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Eğer anlam bilgisinden de mahrum olmuşsa, kastı engeller. Değerlendirme hatası literatürde sıklıkla altlama (idraç) hatası

¹²² Karşılaştırmamız: **Tunç**, s.8.

¹²³ **Mezger**, s.328.

(*Subsumtionsirrtum*) olarak kabul edilmekte¹²⁴ ve bu sebeple hukuken önemsiz addedilmektedir. Altlama hatasının gerçekten olgu seviyesinde gerçekleşen somut olguların değerlendirilmesine yönelik bir hata olup olmadığı, aşağıda altlama hatasının kavramsal anlamı belirlendikten sonra ortaya konacaktır. Ancak en azından değerlendirme hatasının, iddia edildiği üzere tamamen önemsiz olmadığını, duruma göre kastı engelleyen olguda hataya dönüşebileceğini vurgulamak gerekir.

Örnek: A terziden beden ölçülerini ve parasını peşin vererek özel bir ceket sipariş eder. Teslim günü terziye giden A, kendisi için dikilen ceketin askıda hazır olduğunu görünce ister, ancak terzi sebepsizce teslimden kaçırır. Birkaç defa gidip ceketini alamayan A, nihayet bir gün terzi dükkanının önünden geçerken terzinin olmadığını fırsat bilir ve ceketini alıp gider. A kendisi için dikilen, parasını verdiği ceketini kendisinin addederek almıştır¹²⁵. A, aldığı şeyin hangi ceket olduğu konusunda tam bilgi sahibi olmasına rağmen, ceketin (küçük önerme) kime ait olduğu (büyük önerme) konusunda yanılmıştır. Zira teslim edilmeden mülkiyet kendisine geçmediği halde, yaptığı değerlendirme sonucu isabetsiz olarak ceketini kendisine ait sanmıştır.

Son tahlilde, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmemesi (TCK m. 30/1) kapsamında kastı engelleyen hata halleri şunlardır: **Fiili olgu hatası** ve **anlam hatası**. **Değerlendirme hatası** ise, anlam hatasına yol açması koşuluyla kastı engelleyecektir. Dolayısıyla olgu seviyesinde (*Sachverhaltsebene*) yapılan her hata kastı engellememektedir. Kastı kesin olarak engelleyen iki hata türü olarak fiili olgu ve anlam hatalarına birlikte **olguda hata** (*Tatumstandsirrtum* veya *Tatbestandsirrtum*) denilmesini tercih ediyoruz.

iii. Yasak Hatası

Failde yasak bilgisinin olmaması, yasak hatasına (*Verbotsirrtum*) düştüğünü gösterir¹²⁶. Bu hata türünde fail, gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenince yasaklanmadığını zanneder. Bu sebeple haksızlık yapmadığını

¹²⁴ Geniş bilgi için bkz. Çınar (2019), s.3 vd., 145, 175 vd., 186 vd.

¹²⁵ Benzer örnekler için Hinderer, s.866, 867.

¹²⁶ Exner, Thomas (2009) "Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre", Zeitschrift für das Juristische Studium, S: 5, s.524.

düşünür. Dolayısıyla kendisinde haksızlık bilinci olmaz. Bu hataya düşmek kaçınılmaz ise fail hatasından yararlanır (TCK m. 30/4).

Örnek: A, amcasıyla aynı evde kalmaktadır. Amcaların baba yarısı ve hatta baba gibi algılandıkları bir çevrede büyüyen A, dışarı çıkarken üzerinde para olmadığını fark edince, amcasının da uyuması sebebiyle uyandırmak istemez ve cebinden bir miktar para alıp çıkar. A, parasını aldığı kişinin amcası olması ve aynı evde kalmaları sebebiyle, yetiştiği sosyal çevrenin de etkisiyle bu eyleminin son derece normal olduğunu kanısındadır. Bu sebeple bu hareketini gizleme ihtiyacı bile duymayan A, hukuk düzenince yasaklanan bir hareket gerçekleştirdiğine inanmamaktadır. Bu durumda A, “amcanın malını almanın yasak olduğunu” bilmemektedir. Bu sebeple bir haksızlık gerçekleştirdiğini de düşünmemektedir. Dolayısıyla burada bir yasak hatası vardır. Eğer hata kaçınılmaz ise hatasından yararlanacaktır¹²⁷.

iv. Cezalandırılabilirlik Hatası

Hareketinin cezai anlamını bilmeyen fail, cezalandırılabilirlik hatasına (*Strafbarkeitsirrtum*) düşmüş demektir. Ceza kanununa ait bilgi iki şekilde elde edilebildiği gibi, buna ilişkin yapılan hata da iki türlü olabilir.

İlk ihtimalde fail işlediği fiili kapsayan ceza normunu bilmez. Bu sebeple fiilinin cezai sorumluluk doğurmadığını düşünür. Buna **cezalandırılabilirlik hatası** diyoruz. Bu hataya düşen kişi tam bir haksızlık bilinci ile hareket eder. Ancak kendisinde cezalandırılabilirlik bilinci yoktur. Bu bilincin olmaması ise ceza hukukunda önemsizdir (TCK m. 4/1)

Örnek: A iş sahibi tarafından kendisine sadece izin verilen işlerde kullanılmak üzere verilen arabayla başka şehirdeki akrabasını ziyaret eder. A arabanın kendisine iş sahibi tarafından verildiğini, arabayı gizlice almadığı için hırsızlık yapmadığını, dolayısıyla suç işlemediğini düşünmektedir. Bu sebeple A bu eylemi sebebiyle iş sahibine karşı sadece hukuki sorumluluğunun doğacağını düşünmektedir. A’da haksızlık bilinci olduğu halde cezalandırılabilirlik bilinci yoktur. A’nın bu hatası önemsizdir.

İkinci ihtimalde ise fail işlediği fiili kapsayan ceza normunu bilmektedir. Ancak bu norma ilişkin yorum yapmaktadır. Bu yorumu sonunda isabetli

¹²⁷ Örnek için bkz. Çınar (2020) s.220 ve 221.

olarak fiilini cezai normun kapsamında görebilir. Bu durumda kendisinde hem haksızlık bilinci hem de cezalandırılabilirlik bilinci oluşur. Ancak fail isabetsiz bir yorum yaparak fiilini cezai normun kapsamına girmeyen, dolayısıyla cezalandırılmayan bir fiil olarak da görebilir. İşte bu durumda fail hataya düşmüş olur. Bu hataya yanlış bir yorum sebebiyle düşüldüğünden, **yorum hatası** adı da verilmektedir. Bu hatanın sonucunda iki olası durum söz konusudur. Ya fail bu hatası sebebiyle sadece cezalandırılabilirlik bilincini yitirir ya da aynı zamanda haksızlık bilincini de yitirir. İlk durumda failin kusuru tam olur. İkinci durumda ise yasak hatası oluşmuştur ve yapılacak olan değerlendirme, bu hatanın kaçınılabilir olup olmadığıdır. Bu hatanın da atlama hatası olduğu kanısı mevcuttur¹²⁸ ve bu sebeple hukuken önemsiz addedilmektedir. Atlama hatasının gerçekten norm seviyesinde cezai normların yorumlanmasına yönelik bir hata olup olmadığı, aşağıda atlama hatasının kavramsal anlamı belirlendikten sonra ortaya konacaktır. Ancak en azından bu hatanın, iddia edildiği üzere tamamen önemsiz olmadığını, duruma göre yasak hatasına dönüşebileceğini vurgulamak gerekir. Bu hataya ilişkin örnekler aşağıda verilecektir.

3. *Atlama Hatası Kavramının İzahı*

a. Kavram

Atlama hatasının ne anlama geldiği tartışmalıdır. Diğer kriterler (ilk kavramlaştırma ve uzlaş) ile belirlenemediğinden, bu anlamın “lafzi anlam” kriterine göre belirlenebileceğini ifade etmiş ve bu bağlamda “atlama” ve “hata” kavramları üzerinde durmuştuk. Zira “atlama hatası” kavramı bu iki kavramdan oluşmaktadır.

Atlama hatasını diğer hata türlerinden “atlama” kavramı ayırmaktadır. Bu özel hata türünü tespit eden ve diğer hatalardan ayıran ceza hukukçusu bu hatayı, kast ve kusur alanlarında yerleşik olan “atlama” kavramı ile tavsif etmiş olmalıdır. Bu alanlarda iki tane ayrı atlama kavramının olduğunu belirlemiştik. Bu sebeple literatürde, bu atlamalara uygun olarak iki farklı atlama hatası kavramı söz konusudur. Ancak biz atlama kavramı derken anlaşılması gereken

¹²⁸ Geniş bilgi için bkz. Çınar (2019), s.3 vd., 145, 175 vd., 186 vd.

anlamı tespit etmiştik. Bu atlama, **paralel atlama** ya da **failin atlama**sı olarak nitelendirdiğimiz atlamadır: *doğal ve sosyal anlamları kavranmış olan somut hareketin (küçük önerme), faille bu hareketinin cezai anlamını sağlayan kavramların (büyük önerme) kapsamında görülmesi; o kavramlara atlanması.* Dolayısıyla atlama hatası kavramını da bu atlama kavramından hareketle belirlemek gerekir.

Paralel atlamanın tanımından hareketle atlama hatası kavramını *geçici olarak* şu şekilde tanımlamak mümkündür: *Atlama hatası, somut bir olay ya da olgunun fail tarafından soyut kanuni bir tip ya da unsura yanlış atlanmasıdır.* Daha kısa ifade ile atlama hatası, *failin paralel atlamayı yanlış yapmasıdır.* Tanımda görüldüğü üzere küçük önerme (atlanan) *somut bir olay ya da olgudur.* Dolayısıyla küçük önerme olgu seviyesinde (*Sachverhaltsebene*) oluşturulmaktadır. Olgu seviyesinde failin ilk iki bilgi düzeyi (fiili olgu ve anlam bilgisi) ve buna paralel hatalar (fiili olgu, anlam ve değerlendirme hataları) söz konusudur. Atlama hatasının bu geçici tanımında büyük önerme (altlayan) ise *kanuni tip ya da unsurdur.* Büyük önerme norm seviyesinde (*Normebene*) oluşturulmaktadır. Norm seviyesinde failin üçüncü ve dördüncü bilgi düzeyleri (yasak ve kanun bilgisi) ve buna paralel hatalar (yasak, cezalandırılabilirlik ve yorum hataları) söz konusudur. Fail küçük önermeyi büyük önermenin kapsamına doğru bir şekilde almışsa, atlama faaliyeti isabetli olur ve sonuç önerme doğru demektir. Ancak eğer sonuç önerme yanlışsa, fail küçük önermeyi büyük önermenin kapsamına yanlış almış demektir. Sonuç önermenin yanlış olması, yapılan atlama faaliyetinin yanlış olduğu anlamına gelir.

Tanıma geçici dememizin sebebi, bu tanımda sorun teşkil eden bir hususun olmasıdır. Zira failin yaptığı tüm yanlış atlamaların ceza hukukunda yerleşik olan atlama hatası kavramının kapsamına alınıp alınmayacağı tartışılmalıdır. Hemen belirtelim ki, teorik olarak tüm yanlış atlamalar, atlama hatası olarak kabul edilebilirler. Ancak pratik olarak bu kabul, neredeyse tüm hata türlerinin atlama hatası olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuracağından¹²⁹, atlama hatası ile gerçekten tüm yanlış atlamaların kast

¹²⁹ Örneğin Binding bu şekilde değerlendirmiştir: **Binding** (1918), §165 s.146 vd.

edilip edilmediği en azından şüpheli durmaktadır. Nitekim altlamanın yanlış olup olmadığı, sonuç önermeye göre belirlenir. Sonuç önerme yanlışsa, altlama faaliyeti isabetsiz demektir ve teorik olarak altlama hatası söz konusu olur. Sonuç önermenin yanlış olmasının sebepleri ise şunlardır:

- *Fail küçük önermeyi yanlış oluşturmuşsa, sonuç önerme de yanlış olur.*

Küçük önermenin yanlış oluşturulması, failin yaptığı hareketin doğal ve/veya sosyal anlamını doğru kavramamasından ileri gelir. Örneğin, fail ateş ettiği insanı geyik zanner ve ateş ederse, nişan aldığı canlıyı (küçük önerme) tam algılayamamış olur. Bu sebeple insan öldürmenin suç olduğunu (büyük önerme) bilse bile, somut olayda bir insan öldürmediğini, aksine avlandığını (sonuç önerme) zanner. Bu sonuç ise yanlıştır; zira o bir insan öldürmüştür. Bu durumda suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların bilinmemesi sebebiyle düşünülen tüm hata halleri, teorik olarak altlama hatası olarak nitelendirilebilecektir.

- *Fail büyük önermeyi yanlış oluşturmuşsa, sonuç önerme de yanlış olur.*

Büyük önermenin yanlış oluşturulması ise failin gerçekleştirdiği hareketin cezai yasaklılığını bilmemesinden ileri gelebilir. Bu durumda haksızlık bilinci de ortadan kalkarsa, duruma göre yasak veya cezalandırılabilirlik hatası da altlama hatası olarak nitelendirilebilecektir.

Altlama hatası kavramını belirli bir hata türünü nitelendirmek için kullananların, gerçekten bu kavramlaştırma ile tüm bu hata hallerini birlikte nitelendirmek istedikleri, en azından pek olası durmamaktadır. Bu sebeple bu tanımın gerçekten altlama kavramının içlemi olup olmadığını; kavrama ait tespit edilmeyen başkaca unsurların mevcut olup olmadığını ayrıca araştırmak gerekir.

b. Kavramın Daraltılması

Altlama hatasının kavramsal anlamını belirlerken, ilk önce içlemini belirleme yöntemini tercih ettik. Bu suretle ortaya çıkan anlama göre neredeyse tüm hata halleri, altlama hatası kavramının kapsamını oluşturmakta; bir başka deyişle altlama hatasının kapsamına girmektedir. İfade edelim ki, bir kavramın anlamı tespit edilirken başvurulması gereken bir yöntem daha vardır. Buna göre ilk önce kavramın kapsamı olarak gösterilen örnekler tespit edilir ve bunun üzerinden işlem belirlenmeye çalışılır. Altlama hatası kavramı için verilen hata

örnekleri çok çeşitli ve tartışma konusu olduğundan, ilk belirlemeyi bu yönetime göre yapmak olanak dışıydı.

Atlama hatasının geçici tanımı (içlem) son derece kapsamlı olsa da bu tanımla en azından atlama hatası kavramının bazı unsurları tespit edilmiş oldu. Nasıl ki bu tespitte semantik biliminden yararlandıysak, tespit edilememiş diğer unsurlar için de keyfi hareket edilmemeli, yine belirlediğimiz kriterler dikkate alınmalıdır. Literatürü taradığımızda atlama hatası ile ilgili verilen tüm örneklerde- ki bu örnekler atlama hatası kavramının kaplamadır- *atlama hatasına yol açan yanlışlık, norm seviyesinden kaynaklanmaktadır*. Bu örneklerden¹³⁰ bir tanesini zikretmek istiyoruz:

Savaş zamanında düşman askerini öldüren sivil vatandaş F, bir insan öldürmenin suç olduğunu bilmektedir. Ancak F, savaş zamanlarında düşman askerini öldürmenin herhangi bir yasak teşkil etmediğini, aksine bunu yapmanın bir vatandaşlık görevi olduğunu düşünerek hareket ettiğini belirtmiştir¹³¹. Fail burada suçun maddi unsurları konusunda tam bilgi ile hareket etmiştir. Dolayısıyla ilk iki bilgi seviyesi açısından herhangi bir bilgisizlik durumu yoktur. Bilgisizliği norm seviyesine ilişkindir. F, tipikliğin maddi unsurlarından “bir insan öldürmek” unsuru kapsamına düşman askerlerini hatalı olarak almamış; atlama hatasına düşmüştür.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, kast-hata-kusur alanlarında yerleşik, birini reddettiğimiz iki farklı atlama kavramı ve buna uygun olarak da iki farklı atlama hatası kavramı literatürde savunulmaktadır¹³². İkinci atlama hatası kavramı esasen yukarıda değerlendirme hatası olarak isimlendirdiğimiz hatadır. Değerlendirme hatası, anlam (olguda hata) hatasının özel bir görünüm şekli olup, olgu seviyesinde ve kasta ilişkindir. Değerlendirme hatasının atlama hatası olarak kabul edilmesi ihtimalinde de küçük önerme ve büyük önerme söz konusu olacaktır. İfade edelim ki, değerlendirme hatasını atlama hatası olarak isimlendirenler de verdikleri örneklerde sadece büyük önermenin

¹³⁰ Daha fazla örnek için bkz. Çınar (2019), s.157 vd.; Ebert, s.47 vd.; Schwegler, s.17 vd.

¹³¹ Jenull, s.149.

¹³² Değerlendirme hatası anlamındaki kullanıma örnek olarak bkz. Schmidt, kn.211, 279a, 284; Schwegler, s.45; yorum hatası anlamındaki kullanıma örnek için bkz. Maurach/Zipf, s.331; Puppe, s.212 vd.

oluşturulmasından kaynaklanan yanlışlıkları atılma hatası olarak nitelendirirler¹³³. Dolayısıyla ister değerlendirme hatasını atılma hatası olarak kabul edenlerin verdiği örnekler ele alınsın, isterse atılma hatasına verilen örnekler ele alınsın, hepsinde hatanın sebebi büyük önermenin oluşmasındaki yanlışlıktır. Bu sebeple bu konuda bir *uzlaşımın* olduğunu ve küçük önermenin oluşumundan kaynaklanan yanlışlıklar sebebiyle sonuç önermenin yanlış olduğu durumları atılma hatası olarak nitelendirmemek gerektiğini ifade etmek gerekir. *Öyle ise geçici tanıma bu unsurun da eklenmesi gerekir.*

Peki atılma hatası, büyük önermenin yanlış oluşmasından kaynaklanan tüm yanlış sonuç önermeleri kapsar mı? Burada büyük önermenin ne olduğuna ve nasıl oluşturulduğuna bakmak gerekir. Büyük önerme atılma hatasında kanuni tip ya da unsurlardır. Yasak hatası ve cezalandırılabilirlik hatası, norm seviyesinde oluşurlar. Yasak hatası yasak normun bilinmemesi, cezalandırılabilirlik hatası ise cezai normun bilinmemesidir. Atılma hatası da norm seviyesinde oluşur. Ancak atılma hatası, norm seviyesinde oluşan üçüncü bir hata türü olarak görülmemelidir. Zira atılma hatası, cezalandırılabilirlik hatasının özel bir şeklidir. *Atılma hatası cezai normun bilinmemesine değil, cezai normun yanlış bir şekilde dar paralel yorumlanmasına dayanır.* Bu sebeple bu hataya yorum hatası da denmektedir. Ancak tüm yorum hataları zorunlu olarak atılma hatası olmayabilir. Bu sebeple **atılma hatası** veya **idraç hatası** kavramlarını kullanmak daha doğru olacaktır. Zira “yorum” kavramı geniş anlamlı olup birçok yerde kullanılabilirdiğinden, yorum hatası kavramı, neyin yanlış yorumlandığını göstermemektedir. Atılma hatası kavramı ise, atılma kavramının büyük önermesi kanun olduğundan, soyut kanunun ya da birer kavram olarak tipikliğin maddi unsurlarının yorumlandığını göstermektedir.

¹³³ Örnekler için bkz. Kaufmann (1949), s.175; Hinderer, s.866.

C. ARA SONUÇ

Bu kısımda kavramsal analizi yapılarak atılma hatasının kavramsal anlamı ortaya konmuştur. Buna göre atılma hatası, suç olayındaki somut bir olguyu kanuni tipteki soyut maddi bir unsura, bu unsuru isabetsiz olarak dar yorumladığı için yanlış atlayan failin, gerçekleştirdiği fiili bu sebeple ilgili kanuni tip tarafından kapsanmayan bir hareket olarak görmesine denir. Atılma hatası derken, kanaatimizce anlaşılması gereken anlam budur.

III. ATILMA HATASININ HUKUKİ ANLAMI

Kavramsal anlamı ortaya konan atılma hatasının hukuki anlamı da belirlenmelidir. Ancak öncesinde bazı dogmatik esasların belirlenmesi gerekir.

A. DOGMATİK ESASLAR

Kusur teorisine göre haksızlık bilinci ve kast birbirinden ayrılır. Bu sebeple haksızlık bilinci kapsamındaki hatalar kastı engellemez. Halbuki kast teorisini savunanlara göre haksızlık bilinci kastın bir unsurudur. Aşağıda kast, kusur ve hata konularının açıklanmasında kusur teorisi baz alınmıştır.

1. Kastın Bilme Unsuru

Kast, suçun tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m. 21/1). Konumuz açısından bilme unsuru önem arz etmektedir.

TCK m. 21/1, bilinmesi gereken şeyin suçun kanuni tanımındaki unsurlar olduğunu belirtmektedir. TCK m. 30/1-2 ise bu bağlamda suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan bahseder. Bu hata kastın öbür yüzü¹³⁴ olduğundan, kasten hareket edebilmesi için failin bilmesi gereken tipikliğin maddi unsurlarıdır¹³⁵.

“Suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlar” kanunda yazılı olarak bulunurlar. Fail ise hukukçu olmadığından kanunlarda yer alan bu soyut

¹³⁴ Rönnau, Thomas/Faust, Florian/Fehling Michael (2004) “Der Irrtum und seine Rechtsfolgen”, Juristische Schulung, s.667.

¹³⁵ Koca, Üzülmüş, s.159.

suç tanımlarını bilemez; esasen bilmek zorunda da değildir¹³⁶. Peki failin bilmesi gereken nedir?

Semantik üçgen açısından bakıldığında, birer kavram olan tipikliğin maddi unsurlarının kanundaki yazılı halleri göstergedir (*Zeichen*). Bu göstergelerin (kelimelerin) kavramsal anlamları (içlem-*Bedeutung-Intension*) vardır. Bu anlamlar bizzat kanun tarafından belirlenebildiği gibi (örneğin, TCK m. 6'daki tanımlar), kavramsal anlamın belirlenmesi uygulamaya ve literatüre de bırakılmış olabilir. Bu kelimelerin bir de kaplamı (varlık-*Gegenstand-Extension*) vardır. Failin bilmesi gereken, *kanundaki unsurların kaplamıdır*. Örneğin, “A, B’ye ait telefonu gizlice aldı” şeklinde yaşanan hadise, somut bir olay olup, telefonun B’ye ait olması ve telefonun gizlice alınmasından oluşur. *Suç tipi (TCK m. 141) olayı tasvir eder*. Tipikliği oluşturan öğelere *unsur (Merkmal)* denmektedir. Kanuni tipe tekabül eden, onu gerçekleştiren olayı oluşturan öğelere ise biz *olgu (Umstand)* demek istiyoruz. Bu durumda suç tipindeki *başkasına ait taşınır mal ve bulunduğu yerden alma* tipikliğin maddi unsurları olurken, yaşanmış gerçek olaydaki *telefonun B’ye ait olması ve telefonun gizlice alınması* olayın maddi olguları olmaktadır¹³⁷. Somut olaydaki her bir maddi olgu, tipiklikteki maddi bir unsura tekabül eder. Kastın bilme unsuru açısından *failin işi maddi unsurlarla değil, maddi olgularladır*¹³⁸. Failin suçun kanuni tanımındaki unsurları değil, bu unsurların kavramsal kapsamına giren maddi olguları bilerek hareket etmesi gerekir. Bu sebeplerle kastı engelleyen hata hali olarak (maddi) *unsurda hata* kavramı yerine, (maddi) *olguda hata* kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Öyle ise fail, *suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurları gerçekleştiren maddi olguları bilerek ve isteyerek hareket etmişse*, kastı var demektir¹³⁹.

Her kavramda olduğu gibi maddi unsurların kapsamına da iki tür varlık girebilir: somut, dış dünyaya ait ve dolayısıyla duyuşal olarak algılanabilir varlıklar ile soyut, düşünsel dünyaya ait ve dolayısıyla akli olarak algılanabilir varlıklar. Herhangi bir maddi unsurun kapsamına giren maddi olgu duyuşal

¹³⁶ Kaufmann (1982), s.16; Hettinger, L.18.

¹³⁷ Karşılaştırmamız: Erdem, s.45.

¹³⁸ Krş. Erdem, s.45; Tunç, s.134 vd.

¹³⁹ Kastın kapsamı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/Üzülmöz, s.159 vd.; Tunç, s.134 vd.

olarak algılanabiliyorsa, bu unsura *deskriptif unsur* denir. Deskriptif kavramını bu sebeple “*betimleyici*” olarak Türkçeye çevirebiliriz. Zira deskriptif unsurların kapsamına giren maddi olgular, nitelikleri itibariyle betimlenebilir özelliklere sahiptir. Betimleyici unsurların kapsamına giren olgulara da *betimlenen olgular* denebilir. Buna karşılık herhangi bir maddi unsurun kapsamına giren maddi olgu, duyusal olarak değil, akli olarak algılanabiliyorsa, bu unsura da *normatif unsur* denir. Normatif kavramını da bu sebeple “*belirleyici*” olarak Türkçeye çevirebiliriz. Zira normatif unsurların kapsamına giren maddi olguların hangi olgular oldukları, nitelikleri itibariyle buna ilişkin bir belirleme yapmayı gerektirebilmektedir. Mahiyetleri bir norm tarafından belirlendiğinden, bu olguları kapsamına alan maddi unsurlara bu sebeple de belirleyici unsur denebilir¹⁴⁰. Belirleyici unsurların kapsamına giren olgulara ise *belirlenen olgular* denebilir.

Fail, betimlenen olgularda *fiili olgu bilgisi* ile, belirlenen olgularda ise *anlam bilgisi* ile hareket etmişse, kastı vardır. Kast için ne *yasak bilgisi* ne de *kanun bilgisi* gereklidir. Somut olayda *betimlenen bir olgu* fail tarafından duyusal olarak algılanmışsa, bu olguya ilişkin doğal anlam; yani fiili olgu bilgisi failde var kabul edilmelidir. Somut olayda *belirlenen bir olgu* hukuk dışı alanda paralel değerlendirilmişse (*Parallelwertung in der Laiensphäre*), bu olguya ilişkin sosyal anlam; yani anlam bilgisi failde var kabul edilmelidir. Dolayısıyla fail her iki durumda da kasten hareket etmiş olur¹⁴¹.

2. Haksızlık Bilinci

Herhangi bir hukuka uygunluk durumuna dayanmadan haksızlık teşkil eden tipi bilerek ve isteyerek gerçekleştiren kişi, haksızlık bilinci (*Unrechtsbewusstsein*) ile hareket etmiş sayılır¹⁴². Haksızlık bu yönüyle kusurun temelini oluşturur. Zira kusur yargısı ile faile isnat edilen kusuru değil, gerçekleştirdiği haksızlıktır¹⁴³.

¹⁴⁰ Hoffmann-Holland, kn.156, 157.; Koca/Üzülmez, s.108 vd.; Erdem, s. 46.

¹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bk. Çınar (2019), s.169 vd.; Tunç, s.135 vd.

¹⁴² Wessels/Beulke/Satzger, kn.649.

¹⁴³ Meraklı, Serkan (2020), Ceza Hukukunda Kusur, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.45.

Failin bilgi düzeylerinden yasak bilgisi, haksızlık bilinci kapsamında değerlendirilir. Yasak bilgisi, failin gerçekleştirdiği eyleme yönelik yasaklılık bilgisidir. Fail bu bilgiyi (bilinci) hukuk düzeninin buna ilişkin maddi normlarından alır.

Yasak bilgisi ile yakın ilişki içinde olduğundan, haksızlık bilinci bağlamında kanun bilgisine de değinmek gerekir. Hem yasak bilgisi hem de kanun bilgisi norma ilişkin bilgilerdir. Kanun bilgisi ile cezai yasaklılık bilinci elde edildiğinden, kanun bilgisine sahip olan biri zaten yasak bilgisine de sahiptir. Bu sebeple her iki bilgi düzeyini de kusur açısından değerlendirmek gerekebilir. Zira bazen yasak bilgisinin elde edilmesi, kanun bilgisine sahip olmayı gerektirebilir.

3. Ceza Hukuku Hata Öğretisi

Günümüzde fiili hata-hukuki hata (*Tatirrtum-Rechtsirrtum*) ayrımı¹⁴⁴ yaygın olarak kabul edilmemektedir. Bu hata ayrımına göre duyusal olarak algılanabilen maddi olgulara yönelik hata fiili hata, fiili hata olmayan diğer tüm hatalara da hukuki hata denir. Alman İmparatorluk Mahkemesi bu ayrıma dayanarak bir hata öğretisi geliştirmiş, literatürde yapılan yoğun eleştiriler ile zamanla ayrımın terk edilmesi baskın görüş olmuştur¹⁴⁵.

Bugün hata öğretisinin esasını *olguda hata-yasak hatası* (*Tatbestandsirrtum-Verbotsirrtum*) ayrımı oluşturmaktadır. Bugün TCK da bu ayrımı baz almaktadır. M. 30/1'de *olguda hata*, 30/4'te ise *yasak hatası* düzenlenmiştir.

¹⁴⁴ Bu ayrım, Paulus'un *Corpus iuris*'teki şu cümlesine dayanmaktadır: "Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, iacti vero ignorantiam non nocere.", D 22, 6, 9, pr., buna ilişkin bilgi için bkz. **Hobe**, s.55.

¹⁴⁵ **Çınar** (2019), s.181 vd.

B. ALTLAMA HATASININ HUKUKİ ÖNEMİ

1. Altalama Hatası

Kavramsal anlamını belirlediğimiz altlama hatasının, yine ana hatlarını aktardığımız kast-kusur-hata alanlarında hukuken ne ifade ettiği tartışılmalıdır. Zira altlama hatası etrafından dönen tartışmaların büyük kısmı, onun hukuki niteliği ile ilgilidir.

Altlama hatası, kelime anlamına uygun olarak ele alındığında, bu hatanın aslında mevcut hata türlerinin hepsinde söz konusu olabilecek, hatanın oluşum tarzı ile ilgili bir hata olduğu kanısına varılabilir. Zira bu hata, büyük önermenin yanlış-dar yorumlanması ya da değerlendirilmesi sebebiyle küçük önermenin büyük önerme altında değerlendirilmemesi olarak kabul edildiğinde, fiili olguda hata, anlam hatası, yasak hatası ve cezalandırılabilirlik hatası, bir altlama hatası şeklinde oluşabilir.

Fiili olguda hataya örnek: B, restoran çıkışı arabasını getiren çalışan Ç'ye az evvel çıktıkları restorana gidip unuttuğu siyah ceketini almasını söyler. Ç gittiğinde askıda siyah bir ceket ve siyah bir mont vardır. Ceket ve montu sürekli karıştıran Ç, montu ceket sanarak başkasına ait montu alıp B'ye getirir. Ç başkasına ait taşınır bir malı aldığını bilmemektedir. Aldığı montu (küçük önerme) esasen algılamış, ancak algıladığı bu şeyin ceket mi mont mu (büyük önerme) olduğu konusunda yaptığı değerlendirme yanlış olunca, sonuç da hatalı olmuştur. Fiili olguda hata bu şekilde gerçekleştiğinde, *teorik olarak* buna altlama hatası denebilir.

Anlam hatasına örnek: A terziden beden ölçülerini ve parasını peşin vererek özel bir ceket sipariş eder. Teslim günü terziye giden A, kendisi için dikilen ceketin askıda hazır olduğunu görünce ister, ancak terzi sebepsizce teslimden kaçınır. Birkaç defa gidip ceketini alamayan A, nihayet bir gün terzi dükkanının önünden geçerken terzinin olmadığını fırsat bilir ve ceketini alıp gider. A kendisi için dikilen, parasını verdiği ceketini kendisinin addederek almıştır¹⁴⁶. A, aldığı şeyin hangi ceket olduğu konusunda tam bilgi sahibi olmasına rağmen, ceketin (küçük önerme) kime ait olduğu (büyük önerme) konusunda yanılmıştır. Zira teslim edilmeden mülkiyet kendisine geçmediği

¹⁴⁶ Benzer örnekler için **Hinderer**, s.866, 867.

halde, yaptığı değerlendirme ile ceketini kendisine ait sanmıştır. Anlam hatasının bu şekline *teorik olarak* atılma hatası denebilir.

Yasak hatasına örnek: Terzi örneğinde A'nın ceketin mülkiyetinin hala terzide olduğunu bilmesi ihtimalinde kendisinde anlam bilgisi tam olur. Eğer A bu hareketini (küçük önerme) ceketin parasını verdiği için haksızlık (büyük önerme) olarak görmezse, yasaklılığa yönelik yaptığı değerlendirme sebebiyle yasak hatasına düşmüş olur. *Teorik olarak* bu hataya da atılma hatası denebilir.

Cezalandırılabilirlik hatasına örnek: A komşusunun köpeğini öldürür. Köpeğin komşusuna ait olduğunu bilen A, bu hareketi ile özel hukuk anlamında komşusunun hakkına girdiğini de düşünmektedir. Ne var ki A, bu hareketinin (küçük önerme) cezasız (büyük önerme) kalacağını sanmaktadır. Zira ona göre köpek bir canlı olduğundan mal sayılamaz ve dolayısıyla mala zarar verme suçunu; bir insan olmadığından öldürme suçunu işlemiş olmaz¹⁴⁷. A cezai norma yönelik yaptığı yanlış yorum sebebiyle bu hataya düşmüştür. Bu hata da *teorik olarak* atılma hatası olarak nitelendirilebilir.

Görüldüğü gibi tüm bu hatalar teorik olarak atılma hatası olarak kabul edilebilirler. Fiili olguda hataya verilen örnek için ayrı bir nitelendirme yapmak gerekmez. Kastı engellediği için olguda hata olarak kabul edilecektir. Anlam hatasına verilen örneği ise yukarıda değerlendirme hatası olarak nitelendirmiş ve anlam hatasına yol açtığı zaman kastı engelleyeceğini ifade etmiştik. Yasak hatasına verilen örnekte ise ayrı bir nitelendirme yapmak gerekli değildir, zira bu hata da bir yasak hatasıdır ve onun sonuçlarına tabidir. Cezalandırılabilirlik hatasına verilen örnek için ise yukarıda yorum hatası nitelemesi yapmıştık.

Tespit ettiğimiz kavramsal anlamına göre atılma hatası, olguya ilişkin bir hata olamaz. Atılma hatası mahiyeti itibarıyla bir hatanın özel şekli olduğuna göre, bu hatanın cezalandırılabilirlik hatası olması gerekir. Zira kavramsal anlamı bunu gerektirmektedir: *Suç olayındaki somut bir olguyu kanuni tipteki soyut maddi bir unsura, bu unsuru isabetsiz olarak dar yorumladığı için yanlış altlayan failin, gerçekleştirdiği fiili bu sebeple ilgili kanuni tip tarafından kapsanmayan bir hareket olarak görmesine atılma hatası denir.* Öyle ise atılma hatası, cezalandırılabilirlik hatasının özel bir oluşum şeklidir.

¹⁴⁷ Benzer örnekler için **Hinderer**, s.867; **Kaufmann** (1949), s.175.

Cezalandırılabilirlik hatası ise TCK m. 4/1 uyarınca hem kast hem de kusur için önemsiz bir hatadır. Peki altlama hatası hukuken tamamen cezalandırılabilirlik hatası olarak mı nitelendirilmelidir, yoksa ondan ayrılan herhangi bir yönü var mıdır?

Eğer fail cezai normları doğrudan ya da yaptığı isabetli paralel yorumla bilirse, kendisinde cezalandırılabilirlik bilinci var demektir¹⁴⁸. Ancak eğer yaptığı paralel yorum, örneğimizde olduğu gibi isabetsiz ise bu durumda failde cezalandırılabilirlik bilinci yok demektir. Ne var ki kusur için failin cezalandırılabilirlik bilinci ile hareket etmesi gerekmez.

Failde cezalandırılabilirlik bilinci varsa haksızlık bilinci de vardır. Ancak eğer failde cezalandırılabilirlik bilinci yoksa bu, kendisinde haksızlık bilincinin de olmadığı sonucunu doğurmaz¹⁴⁹. Buradan çıkan ilk sonuç, cezalandırılabilirlik hatalarının mazur görülmemen, kusuru etkilemeyen birer yasak hatası olduklarıdır. Bu durumda fail altlama hatasına düştüğünde, kural olarak kusuru etkilemeyen yasak hatası (cezalandırılabilirlik hatası) hükümleri uygulanır. Ancak fail altlama hatasına düştüğünde, bu hatası hukuken kusuru etkileyen yasak hatası da olabilir. Eğer fail altlama hatasına düştüğü için cezalandırılabilirlik bilincinin yanında ayrıca haksızlık bilincini de yitirmişse, hukuken TCK m. 30/4 kapsamında yasak hatasına düşmüş sayılır. Dolayısıyla altlama hatası kural olarak cezalandırılabilirlik hatasının özel bir hali olmasına rağmen, somut olayda yasak hatası olarak da karşımıza çıkabilir. Bu sebeple altlama hatasının cezalandırılabilirlik hatasına eşdeğer görülmemesi gerekir.

Örnek: Terzi örneğinde A, kendisi için dikilmiş ceketini terziden habersizce aldığı anda, bu ceketin mülkiyetinin hala terzide olduğunu biliyorsa, bu durumda olguda hataya düşmüş değildir. Dolayısıyla kastı vardır. Ancak A örnekte hırsızlık suçunu işlemediğini düşünmektedir. Zira ona göre parası verilen malların mülkiyeti teslimden önce geçmese de bu malı almak hırsızlık olmaz. Zira onun için dikildiğinden, en nihayetinde zaten ona teslim edilecektir. A bu durumda cezalandırılabilirlik hatasına düşmüştür. Ancak bu hataya düşmesinin sebebi cezai norm (hırsızlık) hakkında yaptığı yanlış

¹⁴⁸ Ebert, s.467.

¹⁴⁹ Hoffmann-Holland, kn.431.

yorumdur. Bu sebeple bu hata atılma hatasıdır. Failde atılma hatası sebebiyle cezalandırılabilirlik bilinci oluşmamıştır. Fail ayrıca bu hareketi ile terziye herhangi bir zarar da vermediğini, tazmin edilecek bir durumun da olmayacağını, kınanacak ve utanılacak bir şey yapmadığını düşünmektedir. Atılma hatasına düşen A, yaptığı bu yorumlar nedeniyle sadece cezalandırılabilirlik bilincini yitirmemiş, aynı zamanda haksızlık bilincini de yitirmiştir. Bu sebeple TCK m. 30/4 uyarınca failin bu hatasından kaçınmadığı da saptanırsa, atılma hatasının kusurunu engellediği sonucuna varmak gerekecektir.

Atılma hatasının temel ceza hukukunda (*Kernstrafrecht*) yasak hatası olarak değerlendirilmesi ihtimali düşüktür. Ancak bu ihtimalin düşük olması, bu hatanın önemsiz olduğunu göstermez. Atılma hatasının yasak hatasına yol açması daha çok yan ceza hukukunda (*Nebenstrafrecht*) gündeme gelir¹⁵⁰. Zira yan ceza hukukunda yasaklanan fiillerin yasak olmasının sebebi, haklarında bu yönde düzenlemelerin olmasıdır. Yoksa bu fiiller doğaları gereği çirkin ve sosyal anlamda zararlı fiiller değildir. Bu tarz fiiller kural olarak TCK'da değil, yan ceza kanunlarında düzenlenmişlerdir. Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu m. 46¹⁵¹, karayollarında trafiğin akışına yönelik emredici düzenlemeler getirmiş ve aksine davranmayı yaptırım altına almıştır. Burada yasaklanan fiiller bu düzenlemeden önce yasak olmadıkları gibi, başka ülkelerde (Birleşik Krallık gibi) bu fiiller emredici norm kapsamında dahi olabilir. Bu sebeple yan ceza hukukunda cezalandırılabilirlik bilinci ile haksızlık bilinci eşdeğer addedilebilir. Bir başka deyişle yan ceza hukukunda failin haksızlık bilinci ile hareket etmesi, buna ilişkin cezai normu bilmesini gerektirebilir. Dolayısıyla temel ceza hukukunda *tespit edilen*, yan ceza hukukunda ise *ihdas edilen* haksızlıklar söz konusudur. İhdas edilen haksızlıklarda failin yorum yapması ve yorumunun yanlış olması durumunda haksızlık bilincini de yitirmesi ihtimali, tespit edilen haksızlıklara nazaran çok daha yüksektir. Atılma hatasının haksızlık yanılığısı (yasak hatası) olarak sonuç doğurabilmesi için hataya düşmenin fail için kaçınılmaz olması gerekir.

¹⁵⁰ Ebert, s.29; Schwegler, s.45.

¹⁵¹ Madde 46: "Karayollarında trafik sağdan akar. ... Bu maddenin ... hükümlerini ihlal eden sürücülere ... idari para cezası verilir. ..."

Yargıtay verdiği kararlarda altlama hatasına verdiğimiz anlama uygun düşen hataları doğrudan yasak hatası olarak nitelendirmektedir. Bazı kararlarındaki şu ifadeler bunun açık göstergesidir: "...haksızlık yanılığında fail somut olayda ne yaptığının bilincindedir. Fakat davranışını yasaklayan normun varlığında veya **yorumunda** ... hataya düşmekte, böylece davranışının meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir."¹⁵² "...unsur hatası bir algılama hatası olduğu halde, yasak hatası bir **değerlendirme** hatasıdır."¹⁵³ Ne var ki yorum ya da değerlendirme hatası olarak nitelendirilen, altlama hatası olarak izah ettiğimiz hatanın doğrudan yasak hatası olarak kabul edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu sebeple bu hatanın, cezalandırılabilirlik hatasının özel bir görünüş şekli olduğundan kural olarak önemsiz addedilmesi gerektiğini, ancak duruma göre yasak hatasına yol açabilecek bir hata olabileceğini tekrar vurgulamak gerekir.

Alman Federal Mahkemesi (*Bundesgerichtshof-BGH*) kararlarında ise değerlendirme hatası ile altlama hatası olarak nitelendirdiğimiz hataların ikisine de *Subsumtionsirrtum* denmekte¹⁵⁴ ve hukuken kural olarak önemsiz addedilse de yasak hatasının bir görünüş şekli gibi kabul edilmektedir¹⁵⁵. Biz bu değerlendirmeye de katılmıyoruz. Zira değerlendirme hatası kural olarak önemsiz, ancak duruma göre olguda hataya yol açabilmekte ve kastı engellemekte iken altlama hatası, aynı şekilde kural olarak önemsiz olmasına rağmen duruma göre yasak hatasına yol açabilmektedir. Bu sebeple iki hata türünün birbirinden ayrılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira bu iki hatanın birbiri ile karıştırılması sebebiyle bu tarz hata hallerinin olguda hatanın kapsamına mı yoksa yasak hatası kapsamına mı girdiği konusu sürekli tartışılmaktadır.

¹⁵² Yargıtay 16. CD, 2019/9681 E., 2021/490 K.

¹⁵³ Yargıtay 16. CD, 2020/84 E., 2021/1909 K.

¹⁵⁴ Her iki hatanın benzerlik sebebiyle karıştırılması ve *Subsumtionsirrtum* başlığı altında tek bir hata gibi algılanmasına öğretide de sıklıkla rastlanmaktadır. Örneğin bkz. **Engisch** (1930b) s.82 vd.; **Welzel** (1954) s.279; **Baumann**, s.17; **Nierwetberg**, s.239; **Hinderer**, s.864 vd.

¹⁵⁵ Örnek olarak bkz. BGHSt. 7, s.23; 9, s.347; 13, s.138; 15, s.338.

2. Değerlendirme Hatası

Teorik olarak atılma hatası olarak nitelendirilmesi mümkün olan değerlendirme hatası, literatürde bu sebeple sıklıkla, kavramsal ve hukuki anlam ve önemini belirlediğimiz atılma hatası (*Subsumtionsirrtum*) ile karıştırılmakta¹⁵⁶ ve bu sebeple hukuken çoğu kez önemsiz addedilmektedir. Halbuki değerlendirme hatası olguya ilişkin yapılan değerlendirmenin yanlış olması, atılma hatası ise norma ilişkin yapılan yorumun yanlış olması halinde söz konusu olur ve ikisi karıştırılmamalıdır.

Değerlendirme hatası, anlam hatasının (olguda hata) özel bir şeklidir. Fail bu değerlendirme sebebiyle olguya ilişkin anlam hatasına düşerse, kastı ortadan kalkar. Bir önceki başlıkta anlam hatasına verdiğimiz örnekte değerlendirme hatası vardır.

SONUÇ

Atılma hatası etrafında *varlıksal, kavramsal ve hukuksal* anlamda tartışmalar mevcuttur. Bu hatanın hem kavramsal hem de hukuki olarak *var* kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Semantik bilimine istinaden objektif kriterlere dayanarak belirlediğimiz atılma hatasının *kavramsal* anlamı şudur: *Suç olayındaki somut bir olguyu kanuni tipteki soyut maddi bir unsura, bu unsuru isabetsiz olarak dar yorumladığı için yanlış altlayan failin, gerçekleştirdiği fiili bu sebeple ilgili kanuni tip tarafından kapsanmayan bir hareket olarak görmesine **atılma hatası** denir.* Bu sebeple atılma hatasının sadece normatif unsurlarda mı yoksa aynı zamanda deskriptif unsurlarda da söz konusu olacağı tartışması önemini yitirmektedir.

Kavramsal anlamını verdiğimiz bu hata türü, bugün hâkim olan suç teorisi içinde *hukuki* olarak cezalandırılabilirlik hatasının özel bir şeklini oluşturmakta ve özellikle yan ceza hukukunda yasak hatası olarak karşımıza çıkabilmektedir.

¹⁵⁶ Konu ile ilgi geniş bilgi için bkz. Çınar (2019), s.3 vd., 145, 175 vd., 186 vd.

Ayrıca, atılma hatası ve değerlendirme hatası iki ayrı hata türüdür. İlki norma ilişkin, ikincisi olguya ilişkindir. Bu iki hata türü arasındaki fark iyi kavranmazsa, literatürde sürekli tartışılan olguda hata-yasak hatası ayrımı da iyi kavranamaz. Zira bu tartışmaların çoğu bu iki hatanın birbirine karıştırılmasından ileri gelmektedir. Atılma hatası-değerlendirme hatası ayrımı ile birlikte, olguda hata-yasak hatası ayrımının anlaşılması daha kolay olmaktadır.

Olguya ilişkin hatalar şunlardır: *Fiili olgu hatası, anlam hatası, değerlendirme hatası*. Bu hatalar kast konusuna dairdir. İlk ikisi kastı daima kaldırır. Bu sebeple ikisine birlikte *olguda hata* denir. Değerlendirme hatası ise anlam hatasının özel bir halidir, ancak ondan ayrı konumlandırılmalıdır. Zira hukuken her zaman anlam hatası gibi sonuç doğurmaz. Değerlendirme hatası, atılma hatası olarak nitelendirilmemelidir¹⁵⁷.

Norma ilişkin hatalar şunlardır: *Yasak hatası, cezalandırılabilirlik hatası, atılma hatası*. Bu hatalar haksızlık bilinci konusuna dairdir. Atılma hatası, cezalandırılabilirlik hatasının özel bir şeklidir; ancak ondan ayrı olarak konumlandırılmalıdır. Zira hukuken her zaman onun gibi önemsiz değildir. Aksine eğer sırf bu hata sebebiyle fail işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, atılma hatası yasak hatası şeklinde etki doğurur. Atılma hatası değerlendirme hatası olarak nitelendirilmemelidir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Literatürde değerlendirme hatasını atılma hatası olarak nitelendirenler vardır. Örneğin bkz. **Schmidt**, kn.211, 279a, 284; **Tunç**, s.30.

¹⁵⁸ Literatürde atılma hatasını değerlendirme hatası olarak nitelendirenler vardır. Örneğin bkz. **Traub**, s.117; **Schmidt**, kn. 279a.

KAYNAKÇA

- Bachmann, Jochen** (1993) *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Backmann Leonhard E.** (1973) “Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum”, *Juristische Schulung*, 1973, s.30-34; s.299-303.
- Baumann, Jürgen** (1962) “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1962, s.16-18.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg** (2016), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, 12. Auflage, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking.
- Binding, Karl** (1918) *Die Normen und Ihre Übertretungen*, Dritter Band, Der Irrtum, Leipzig, Scientia-Verlag.
- Binding, Karl** (1913) “Über den Irrtum bei Delikten im heutigen Strafrecht und in dem der Zukunft”, *Der Gerichtssaal*, S: 81, s. 19-62.
- Bung, Jochen** (2004) *Subsumtion und Interpretation*, Baden-Baden, Nomos.
- Busche, Hubertus** (2003) *Gottfried Wilhelm Leibniz. Frühe Schriften zum Naturrecht*, Lateinisch-Deutsch, Hamburg, Felix Meiner Verlag.
- Cevizci, Ahmet** (1999) “Felsefe Sözlüğü”, *Altakoyma, Paradigma*, s.41.
- Çınar, İsmail** (2019) *Der Subsumtionsirrtum und seine Stellung in der strafrechtlichen Irrtumslehre. Ein Beitrag zur Irrtumslehre durch eine dogmatisch-begriffliche Untersuchung des Subsumtionsirrtums und seine rechtliche Qualifikation innerhalb der strafrechtlichen Irrtumslehre*, Berlin: Logos Verlag Berlin.
- Çınar, İsmail** (2020) “Hırsızlık Suçunun Maddi Unsurlarından ‘Malın Başkasına Aidiyeti’ ve Bu Unsurun Kast Bağlamında Yol Açtığı Sorunlar”, *Selçuk Hukuk Kongresi 2020, Kamu Hukuku Tebliği Tam Metin Kitabı*, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, s.177-228.

- Demko, Daniela** (2002) Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, Berlin, Duncker & Humblot.
- Dopsloff, Ulrich** (1985) Wortbedeutung und Normzweck als die maßgeblichen Kriterien für die Auslegung von Strafrechtsnormen, Frankfurt am Main (u.a), Lang.
- Ebert, Udo** (1973) Untersuchungen zur Struktur und rechtlichen Relevanz des sogenannten Subsumtionsirrtums, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Mainz.
- Eichmann, Fritz** (1929) „Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen“, (Doktora), Marbug Üniversitesi, Breslau.
- Engisch, Karl** (1930a) “Besprechung der Schrift Eichmanns”, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, S: 21, s.117-20.
- Engisch, Karl** (1954) “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht”, Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, München und Berlin: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, s.127-62.
- Engisch, Karl** (1963) Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage, Heidelberg, Winter.
- Engisch, Karl** (1930b) Untersuchungen über Vorsatz und Fahrkässigkeit im Strafrecht, Berlin, Scientia-Verlag.
- Erdem, Mustafa Ruhan** (2019) “Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma”, D.E.Ü Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C:21, S:Özel Sayı, s.43.
- Erman, Ragıp Barış** (2006) Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, (Doktora), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Exner, Thomas** (2009) “Kompendium der strafrechtlichen Irrtumslehre”, Zeitschrift für das Juristische Studium, S:5, s.516-27.
- Frank, Reinhard** (1931) Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: nebst dem Einführungsgesetz, 18. Auflage, Tübingen, Mohr.

- Freund, Georg** (2009) Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg, Spreinger-Verlag.
- Gast, Wolfgang** (2015), Juristische Rhetorik, 5. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller.
- Gettler, Wilhelm Heinrich** (1932) "Schuld und Unrechtsbewußtsein im Strafrecht", (Doktora), Köln Üniversitesi, Würzburg.
- Gropp, Walter** (2015) Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag.
- Hatz, Helmut** (1963) Rechtssprache und juristischer Begriff: vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes, Stuttgart, Kohlhammer.
- Heidingsfelder, Thomas** (1991) Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, Berlin, Duncker & Humblot.
- Heinrich, Bernd** (2016) Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. aktualisierte Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer.
- Hettinger, Michael** (1989) "Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände-eine Einführung", Juristische Schulung, L.17-24.
- Hinderer, Patrick Alf** (2009) "Tatumstandsirrtum oder Verbotsirrtum?", Juristische Arbeitsblätter, s.864-868.
- Hobe, Konrad** (1962) Der Vorsatz bei den normativen Tatbestandsmerkmalen, Heidelberg.
- Hoffmann-Holland, Klaus** (2017) "§22", Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§1-51, 3. Auflage, München, 2017.
- Hoffmann-Holland, Klaus** (2015) Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Jakobs, Günther** (1991) Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin/New York, Walter de Gruyter.
- Jenull, Sebastian** (1820) Das Österreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste I, 2. Baskı, Grätz, Ferstl.

- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas** (1996) Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot.
- Joerden, Jan C.** (2018) Logik im Recht, Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg, Springer.
- Kalinowski, Georges** (1979) “Zur Semantik der Rechtssprache”, Krawietz, Werner/Opalek, Kazimierz/Peczenik, Aleksander/Schramm, Alfred, Rechtstheorie, Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Beiheft 1, Berlin, s.238 vd.
- Kasiske, Peter** (2011) Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer.
- Kaufmann, Arthur** (1949) Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts: zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Mainz, Krach.
- Kaufmann, Arthur** (1982) Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre, München, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften.
- Kıyığı, Osman Nazım** (1999) “Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü II”, Subsumtion, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung.
- Kindhäuser, Urs** (2017) Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Koch, Hans-Joachim/Rüssmann, Helmut** (1982) Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München, Beck.
- Köhler, August** (1917) Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Leipzig, Veit.
- Kunert, Karl-Heinz** (1958) Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin, De Gruyter.

- Kühl, Kristian** (2017) Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen.
- Larenz, Karl** (1991) Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg/New York, Springer.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm** (1667) Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae II, Francofurti, Zunnerus.
- Lesch, Heiko H.** (1996) “Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums”, Juristische Arbeitsblätter, s.346-52; 504-9; 607-12.
- v. Lilienthal, Karl** (1908) Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht, 3. Auflage, Marburg, Liebmann.
- v. Liszt, Franz** (1912) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 19. Auflage, Berlin, J. Guttentag.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz** (1992) Strafrecht Allgemeiner Teil I, 8. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag.
- Meraklı, Serkan** (2020) Ceza Hukukunda Kusur, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Mezger, Edmund** (1949) Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Berlin/München, Duncker & Humblot.
- Nierwetberg, Rüdiger** (1985) “Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum-Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?”, Juristische Ausbildung, s.238-243.
- Nowakowski, Friedrich** (1953), “Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, S:65, s.379-402.
- Ölmez, Gökhan** (2020) “Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları”, (Doktora), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar** (2020) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Puppe, Ingeborg** (1990) “Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum”, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, s.145-182.

- Radbruch, Gustav** (1923) “Rechtsidee und Rechtsstoff”, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, S:17, s.343-50.
- Rengier, Rudolf** (2017) Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München, Verlag C. H. Beck.
- Rolshoven, Fritz** (1934) Die Stellung des Subsumtionsirrtums im Gesamptirrtumsproblem des Strafrechts, Zeulanroda: Bernhard Sporn, Buchdruckerei und Verlag.
- Roxin, Claus** (2006) Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck.
- Rönnau, Thomas/Faust, Florian/Fehling Michael** (2004) “Der Irrtum und seine Rechtsfolgen”, Juristische Schulung, s. 667-674.
- Rudolphi, Hans Joachim/Stein, Ulrich** (2007) “§17 Verbotsirrtum”, Laufhütte, Heinric Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedeman, Klaus, Leipziger Kommentar StGB Band 1, Einleitung §§1-31, C:1, Berlin, De Gruyter.
- Rudolphi, Hans Joachim** (1969) Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen, Schwartz.
- v. Savigny, Eike** (1974) Die Philosophie der normalen Sprache, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- v. Savigny, Friedrich Carl V.** (1840) System des heutigen Römischen Rechts III, Berlin, Veit.
- Schmidt, Rolf** (2018) Strafrecht Allgemeiner Teil, 19. Auflage Bremen, Verlag Dr. Rolf Schmidt.
- Schmidt-Leichner, Erich** (1935) Unrechtsbewußtsein und Irrtum, Breslau-Neukirch, Kurtze.
- Schwegler, Isabell** (1995) Der Subsumtionsirrtum, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Serozan, Rona** (2013) “Hukukta Yöntem”, Journal of Yaşar University, C:8, S.Özel, s.2423-2440.

- Sözüer Adem** (1995) “Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 4 (1995), ss. 466-90.
- Traub, Fritz** (1967) “Die umgekehrte „Parallelwertung in der Laiensphäre“ – Wahndelikt oder untauglicher Versuch? – BGHSt 13, 235”, Juristische Schulung, s.113-17.
- Tunç, Kübra** (2020) Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata, Ankara, Adalet.
- Walter, Tonio** (2006) Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Wank, Rolf** (1985) Die juristische Begriffsbildung, München, Beck.
- Weinberg, Hans** (1928) Der Verbotsirrtum, Bonn, Verlag Ludwig Röhrscheid.
- Weiz, Gerhart** (1931) “Die Arten des Irrtums. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre“, (Doktora), Bonn Üniversitesi, Breslau.
- Welzel, Hans** (1969) Das Deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung, 11. Auflage, Berlin, De Gruyter.
- Welzel, Hans** (1954) “Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum)”, Juristenzeitung, 1954, s.276-280.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut** (2017) Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller.
- Wittgenstein, Ludwig** (1967) Philosophische Untersuchungen, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- Wolter, Thomas** (1994) Die juristische Subsumtion als institutioneller Zeichenprozeß. Eine interdisziplinäre Untersuchung der richterlichen Rechtsanwendung und der forensischen Kommunikation, Frankfurt am Main, Lang.
- Yerdelen, Erdal** (2014) “Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)”, Ceza Hukuku Dergisi, C:9, S:25, s.69-101.

KANUNİLİK İLKESİNİN MEMUR DİSİPLİN HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ*

Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK** ***

ÖZET

Kamu hizmetinin verimli ve düzenli yürütülebilmesi için bu hizmetleri yürüten personele yönelik çeşitli ödev, görev, sorumluluk ve yasaklar öngörülmüştür. Ancak kamu görevlilerinin bahse konu düzenlemeleri ihlâl ederek kurum düzenini bozan fiilleri disiplin suçu olarak adlandırılmıştır. Kamu hizmetinin aksamasına ve kurum içi düzenin sarsılmasına sebebiyet veren bu ihlâllere karşı uygulanacak yaptırımlar vasıtasıyla kurum düzeninin sağlanması hedeflenmektedir. Nitekim 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, "kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin ve yönetmeliklerin Devlet Memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyen, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayan, yasakladığı işleri yapan" personelin "uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, devlet memurluğundan çıkarma" cezalarıyla tecziye edilecekleri belirtilmiştir. Yine disiplin cezasına müteallik bu hal ve davranışların her biri Kanun'da belirtilmiştir. Ancak, sayılan bu hal ve davranışlara nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzeyen fiillere de aynı türden cezaların verileceğine dair hüküm ihdas edilmek suretiyle disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinden uzaklaşmıştır. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi, yasada ayrıca ve açıkça tanımlanmayan fiillerin suç olarak nitelendirilemeyeceğini ve bir fiilden dolayı ancak yasada karşılık olarak gösterilen cezanın veya güvenlik tedbirinin uygulanabileceğini kabul eden bir ilkedir. Bu noktada memur disiplin hukuku bakımından anayasal bir prensip olan kanunilik ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Kanunilik ilkesinin bünyesine uygun olduğu ölçüde disiplin hukuku bakımından geçerli olduğunun kabulü uygulamaya yön verebilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmeti, Disiplin Suçu, Disiplin Cezası, Kanunilik İlkesi, Kamu Görevlisi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.860838 - Geliş Tarihi: 14.01.2021 - Kabul Tarihi: 01.02.2021.

** Av. Dr., ORCID: 0000-0002-7140-3451.

*** İşbu makale Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora programında hazırlanan ve 03.01.2019 tarihinde oybirliği ile başarılı bulunan "657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği" isimli doktora tezinden türetilmiştir.

APPLICABILITY OF THE LEGALITY PRINCIPLE IN CIVIL SERVANT DISCIPLINARY LAW

ABSTRACT

Various duties, responsibilities and prohibitions are stipulated for the personnel carrying out these services in order to carry out the public service efficiently and regularly. However, acts of public officials that disturb the institutional order are called disciplinary offenses. Disciplinary action is taken against violations that cause disruption of the public service and the internal order. According to the Civil Servants Law No. 657, the personnel "who do not fulfill the duties stipulated by the legislation for the proper execution of public services, who do not obey the mandatory rules, who do the prohibited works" will be punished with "warning, condemnation, deduction from salary, stopping the progress of the rank, dismissal from the civil service". And which action require which punishment is written in the law. However, with the provision stating that similar punishments will be given to similar acts, the principle of legality in terms of disciplinary offenses has been abandoned. Because the principle of legality in crime and punishment is a principle that accepts that acts that are not defined separately and clearly in the law cannot be considered as a crime and that only the penalty shown in the law can be applied for an action. At this point, it is controversial whether the principle of legality, which is a constitutional principle in terms of civil servant discipline law, will be applied. The acceptance that the principle of legality is valid in terms of disciplinary law can guide the practice to the extent that it is compatible with its structure.

Keywords: Public Service, Disciplinary Offense, Disciplinary Punishment, The Principle Of Legality, Public Official.

I. DİSİPLİN KAVRAMI

Hukuk kuralları, kişilerin ve toplumun yetki ve görevlerini, bireylerin özgürlüklerini ve bunun sınırlarını, diğer kişilerle olan ilişkilerini düzenler. Yine toplumdaki çıkar çatışmalarını önleyerek bireylerin güvenli bir biçimde yaşamalarını sağlar. Böylece hukukun birincil amacı, bireylerin her türlü saldırılara karşı korunması, yaşamlarını güven ortamı içerisinde sürdürmelerinin teminidir. İkinci olarak, hukukun toplumsal düzeni sağlama işlevi de bulunmaktadır. Düzenin var olabilmesi için, birtakım ödevler, yükümlülükler, sınırlamalar ve düzeni bozucu davranışlara yönelik yaptırımlar kaçınılmazdır¹.

Sözlük anlamı *sıkı düzen, yöntem, yol, yordam* olan ve *eğitme, yola getirme* anlamlarında da kullanılan disiplin kelimesi², birlikte çalışabilmek, mevcut kurallara uygun davranılmasını sağlayacak eğitim yahut insanın diğer insanlarla işbirliği yapmasını sağlayacak şartlar anlamına gelmektedir³. Disiplin kelimesi aynı zamanda çalışanların kurum düzenine aykırı davranışlardan dolayı karşılaştıkları yaptırımları ifade etmektedir⁴. Yine idare hukuku

¹ **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet /Yenidünya, A. Caner** (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.3.

² Saygın, doktrindeki tanımlar incelendiğinde disiplin cezalarının “önleyici” ya da “cezalandırıcı” etkisine ayrı ayrı vurgu yapıldığını ve eksiksiz bir tanımın varlığı için her iki özelliğin de tanımda bulunması şart olmadığını belirtmektedir (**Saygın, Engin** (Haziran 2018) “Güncel Gelişmeler Işığında Yükseköğretim Kamu Görevlilerinin Disiplin Suç ve Cezalarının Değerlendirilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 1, s.82.).

³ **Esendemir, Ferit Deniz** (2018) Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik Teşkilatlarında Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.19.

⁴ İdare hukukunda disiplin “kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin etkili ve verimli çalışmaları için göstermeleri gereken davranışların tümü” (**Aslan, Zehreddin** (2001) Disiplin Suç ve Cezaları, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları, s.24), “kamuda çalışan personelin üstlenmiş oldukları görevlerini layıkıyla yerine getirmeleri için uymaları gereken kuralların tamamı” (**Bucaktepe, Adil** (2015) “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 19, S: 2, s.200), “Kamu görevlilerinin meslekleri ile ilgili olarak hukuk kurallarınca öngörülen yükümlülükleri yerine getirmekte veya yasaklardan kaçınmakta işledikleri kusurlar için öngörülen müeyyideler” (**Çağlayan, Ramazan** (2017) İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları, s.539), “ait olduğu gruplanma içinde iç adalet kuran disiplin yasal otorite tarafından ilgili

bağlamında kamu hizmetlerinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesinin, verimli ve zamanında iş görülmesinin sağlanması için kamu görevlilerinin uymakla yükümlü oldukları anlayış ve davranış kalıplarını anlatmaktadır⁵. Bu yönüyle disiplin, çalışma düzeninin sağlanıp sürdürülmesi, devletin onur ve saygınlığının korunması bakımından kamu hizmetlerinde etkinliği, sürati ve verimliliği sağlayacak bir araçtır⁶. Bu anlamda disiplin yanlış bir davranışın cezalandırılmasıdır⁷. Disiplinin amacı hem bozulan düzeni sağlamak ve hem de gelecekte benzer davranışların ortaya çıkmasını engellemektir⁸. Devlet ve ona bağlı kurum ve kuruluşlarda çalışan kimselerin işlerini aksatmadan, çalışma düzenini bozmadan, kanun dışı eylemlere başvurmadan çalışmalarının temini ancak disiplinli bir yönetim ile mümkün olacaktır⁹.

Disiplin hukuku, memurun¹⁰ ne zaman göreve aykırı harekette bulunduğuna, bunun hangi usul altında açıklanacağına ve hangi disiplin

topluluğun amacına uygun hareket etmesi için zorlayıcı bir güç” ve “kamu hizmeti sisteminin bir parçası olarak personel tarafından yükümlülüklerle uyumu sağlamak amacıyla hizmet eden kurallar” (Jourda-Dardaud, Anne (2005) La procédure disciplinaire dans la fonction publique, Fautes-Sanction-Recours, Edition du Payrus, Paris, s.4), “Hukuksal anlamda istenilmeyen bir fiilin sonucu olarak uygulanan yaptırımı ifade eden disiplin, örgütlenmiş bir toplulukta veya bir kurumda, gerek hizmetlerin iyi bir şekilde görülmesi, gerekse fertlerin davranışlarını kontrol etmesi bakımından, kanunların ve nizamların ve teessüs etmiş kaidelerin hâkim kılınması olarak tanımlanmıştır” (Pirler, Orhan (1980) Açıklamalı ve Uygulamalı Devlet Memurları Kanunu, 1. Baskı, Er-Tu Matbaası, s. 364) biçiminde tanımlanmıştır.

⁵ Esendemir, s.19.

⁶ Pazarıcı, Şevki (1992) “Belediyelerde Disiplin Suç ve Cezaları”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C: 1, S: 4, s.35.

⁷ Tutum, Cahit (1979) Personel Yönetimi, Ankara, TODAİE Yayını, s.188.

⁸ Tortop, Nuri (1989) Personel Yönetimi, 1. Baskı, Ankara, İlksan Matbaası, s.175.

⁹ Aslan, Zehreddin (2003) “Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları”, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, 4-5 Nisan, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:1599, Hukuk Fakültesi Yayınları No:8, Eskişehir, 2004, s.13. Yazar devamla, disiplin kavramını kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personelin etkili ve verimli çalışmaları için göstermeleri gereken davranışların tümü olarak tanımlamıştır. Bu tanıma “gösterilmesi gereken davranışlar” kavramının yanı sıra “kaçınılması gereken davranışlar” kavramının da eklenebileceği kanısındayız.

¹⁰ Memur ve kamu görevlisinin statüsünü düzenleyen mevzuatın şekillenmesinde, geçerli olduğu ülkenin tarihi ve sosyolojik algısı ile siyasi rejim etken olmuştur. Aynı şekilde kamu

yaptırımının verilmesi gerektiğine dair sorunları inceler¹¹ ve bu manada düzenleyici bir işleve sahiptir¹². Öte yandan Ülkemizde gerek 1961, gerekse 1982 Anayasaları devlet memurlarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, aylık ve ödenekleri ile özlük işlerinin kanunda düzenleneceğini öngörmüştür. Anayasa, getirdiği güvence ile memuru siyasi iktidarın ve yönetilenlerin keyfi tutumlarından, baskı ve taleplerinden korumayı da hedeflemiştir. Memurun siyasi iktidara ve yönetilenlere karşı korunması, haklarını kullanmada, görevini yerine getirmede engellenememesi ya da bir iş veya işlemi gerçekleştirmeye

personeli mevzuatına ilişkin ilk hükümler personele tanınan hak ve yetkilerin kötüye kullanımını engellemek üzere alınan tedbirleri içermekleyen zaman içinde kamu görevi ifa eden bu personelin hem siyasi iktidara hem de yönetilenlerin mesnetsiz ve asılsız iddialarına karşı korunması gerektiği de anlaşılabilir. Bugün demokratik siyasi rejimlerin kamu personeline yasal güvence sağladığı görülmekle birlikte bu güvence sistemi de ülkeler arasında farklılık taşımaktadır. **Azrak, Ali Ülkü** (2004) "Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri", Kamu Personeli Sorunları, İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:1599, Eskişehir, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 8, s.1.

¹¹ Disiplin hukukunun ve neticesinde uygulanan yaptırımların amacı AYM tarafından "*Disiplin yaptırımlarının, bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildikleri açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı, kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içerisinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 124. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile ..." ifadesi de, disiplin cezalarının belirtilen amacını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, disiplin hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır.*" biçiminde açıklanmıştır (bkz. **Şengül Kayan Başvurusu**, AYM, Başvuru No: 2013/1614, K.T. 03.04.2014, RG. 22.05.2014, S. 29007)

¹² Ancak disiplinin sağlanabilmesi için disipline aykırı eylem, tutum ve davranışlar önceden tespit edilmelidir. Disiplin önlemleri uygulanabilir olmalıdır. Disipline aykırı davranışların izlenmesi sistematik olmalı ve süreklilik arz etmelidir. Disiplin uygulamaları doğru davranışları ve sağlam eleştirileri desteklemeli ve yanlış olanları kararlı biçimde cezalandırılmalıdır. Disiplin önlemleriyle müeyyideye bağlanmış olan kurallar kurumun amaçlarına uygun olmalıdır. Kurallar tüm personel için geçerli olmalı, basit, anlaşılabilir ve makul nitelik taşınmalı, hızlı sonuçlanmalı, baskı amaçlı kullanılmamalıdır (bkz. **Durmuş, A. Alper** (2014) Memur Disiplin Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.13-14).

zorlanamaması anlamını taşır. Nitekim kamu kurum ve kuruluşlarında işleyişi düzenlemek ve korumak adına getirilen disiplin kuralları, amacının dışına çıkılarak memuru baskı altına almak için işletilebilmektedir. Memurun, mesleğinden çıkarılmasına kadar varan disiplin süreçleri ile baskı altında tutulmasını engellemek amacıyla disiplin suç ve cezalarının kanun ile düzenlenmesi, disiplin işlemlerinin yargı denetimine açık olması ve kurum içi düzeni bozduğu iddia edilen memurun savunmasının alınması zorunluluğunu düzenleyen anayasal hükümler ile memura güvence sağlanmıştır¹³.

II. SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ VE DİSİPLİN HUKUKUNDAKİ UYGULAMALARI

Türk Ceza Hukuku bakımından mevzuatta suç kavramı tanımlanmamış; yalnızca hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceği hususuna yer verilmiştir. Ancak uygulamada toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlâli veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarının¹⁴ suç olarak algılandığı görülmektedir. Disiplin suçu ise doktrinde “bir kamu hizmetini bozan eylemler demeti”¹⁵, “memurun göreviyle ilgili kusurlu filler”¹⁶, “kamu görevlilerinin statülerine ilişkin hükümlere uymaması sebebiyle kurum düzenini bozucu davranışları”¹⁷ olarak tanımlanmıştır. Disiplin suçunun üç unsuru mevcuttur¹⁸:

- a. Fiil: Disiplin suçunun varlığından bahsedebilmek için ortada memurun belirli bir fiili olmalıdır.

¹³ Azrak, s.8 vd.

¹⁴ Özgenç, İzzet (2018) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.108.

¹⁵ Pınar, İbrahim (1999) Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 1186.

¹⁶ Kaya, Cemil (Haziran 2005) “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına Hâkim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C: 38, S:2, s. 62.

¹⁷ Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil (2018) Türk İdare Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, s.687.

¹⁸ Saygın, s.84.

- b. Görev: Bu fiil memurun göreviyle ilgili olmalıdır. Memurun görevi dışında olan ancak memurluk sıfatı ile bağdaşmayan fiillerin istinaden de olsa disiplin suçu olarak kabul edildiği görülmektedir.
- c. Kusur: Disiplin suçunun varlığından bahsedebilmek için memurun işlediği fiilin kusurlu bir fiil olması gerekir.

Ceza ise topluma zarar veren fiiller karşılığı olarak Devletin kanun ile ihdas eylediği ve izlediği diğer maksatlar yanında, özellikle suçu işleyeni bazı mahrumiyetlere tabi kılmak ve böylece toplumun işlenen fiili tasvip etmeme duygusunu belirtmek üzere kazaî bir kararla ve sorumluluk derecesi ile orantılı bir şekilde uygulanan korkutucu bir müeyyide olarak karşımıza çıkar¹⁹. Disiplin cezası ise kamu görevlisinin uyulması gereken menfi ve müspet yasaklara uymaması durumunda öngörülen ve idari yaptırım işleminin konu unsuru olarak da ifade edilebilecektir. Disiplin cezalarının neler olduğu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda sayılmış ancak disiplin cezası kavramının açık biçimde bir tanımı yapılmamıştır²⁰.

Bu durumda yukarıda izah edildiği üzere yalnızca hukuka aykırı ve haksızlık teşkil eden insan davranışları kanunlarda suç olarak tanımlanabilir ve suçta kanunilik ilkesi gereğince ise kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. Keza kanunun açıkça cezayı artırıcı bir neden olarak öngörmediği bir husustan dolayı da kimsenin cezası artırılmaz. Cezada kanunilik ilkesi gereğince hiç kimse belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülen cezadan başka bir ceza ile ya da öngörülen ceza miktarından daha fazla bir ceza ile cezalandırılmaz²¹. Hangi fiillerin suç sayılacağı ve suç sayılan

¹⁹ **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1973) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısmı, C: II, 5. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1408, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., s. 598.

²⁰ **Saygın**, s.85.

²¹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 2. maddesine ilişkin gerekçede '*Anayasamıza göre yasama görevi devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli yasal garantilerden birini oluşturmaktadır.*' ifadeleri kullanılmıştır (**Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet** (2010) Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.95).

bu fiiller karşısında nasıl bir ceza uygulanacağını soyut ve genel kurallar çerçevesinde önceden belli olmasına²² suçta ve cezada kanunilik²³ denilmektedir²⁴.

A. KANUNİLİK İLKESİ

Demokratik hukuk devletlerinde suç ve cezaların eyleme/bireye göre belirlenmesini ve keyfiliği önlemek, fiil işlenmeden önce caydırıcı nitelik taşıması ve haksızlık yaratacak eylem karşısında toplumsal düzeni sağlama yönünde güvence oluşturarak kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi esastır²⁵.

Elbette suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların²⁶ süre ve miktarlarının da

²² Doktrinde suç ve cezaların açıkça kanunla konulmasının yanı sıra konulan bu hükümlerin usulüne uygun ilan edilmesi suretiyle herkesin öğrenmesinin sağlanmasının da kanunilik ilkesinin bir gereği olduğu belirtilmiştir (Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer (2017) Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.150.)

²³ Kanunilik ilkesi, anayasa hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, ceza hukukunda suç ihdası ile ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin uygulanması, vergi hukukunda ise vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin konulmasında ve kaldırılmasında kamu otoritesine sınır çizmektedir (Akbulut, Emre (2013) Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.5).

²⁴ İlke tarihte ilk kez Montesquieu tarafından tanımlanmıştır. 1839 tarihi Tanzimat Fermanında da örtülü biçimde ilkeye yer verilmiştir. (Günerbüyük, Uygur (2011) “İdari İşleme Suç ve Ceza Konulup Konulmayacağı ile Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarama Eğilimi Bağlamında Kanunilik İlkesi”, (Mahmutoğlu, Fatih Selami (2008) Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Kitap, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s.12-13).

²⁵ **Beccaria, Cesare** (1764) *On Crimes and Punishments (Dei delitti e delle pene)* (Çeviren: **Selçuk, Sami** (2010) *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, 2. Baskı, Ankara, İmge, s.25) “İnsanlar, esenlik, güvenlik ve dirlik uğruna hiç değilse özgürlüğün geri kalanından yaralanmak amacıyla onun bir parçasını gözden çıkarmışlardır.” demektedir.

²⁶ Maggiore’ye göre (bkz. **Maggiore, Giuseppe** (1973) *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, vol 1, Bologna, s. 533) dar anlamda bir hukuk kuralına uymama halinde uygulanan bir kötülük olan yaptırım, geniş anlamda hukuka uygun veya aykırı hareket etmenin

kanunla düzenlenmesi gerekmektedir²⁷. Zira fertlerin maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri ve temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı ve hukukun üstünlüğünün tanındığı demokratik bir devlet düzeniyle mümkün olabilecektir²⁸. Hukuk devleti ise hukuki istikrarın ve hukuki güvenliğin tam tesis edildiği, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bildiği ve bu kuralların ihlali halinde karşılaşıacağı müeyyidelerin soyut olarak öngörüldüğü devlettir. İşte bu nedenlerle demokratik bir hukuk devletinde kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Yine kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için öngörülmüş olan cezadan daha ağır bir ceza²⁹ verilemez. Görüleceği üzere kanunilik prensibi, bir yandan kişisel hürriyet ve dokunulmazlıkları güvence altına alırken bir yandan da bu hürriyeti tahdit etmektedir. Yine söz konusu ilkenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmayacağı ve ceza sorumluluğunun şahsiliğini kapsadığı söylenebilecektir³⁰.

önlenebilir neticesidir. İhlali bir kötülük, kanunun emrine riayet etmeyi ise iyilik takip edecektir. Geniş anlamda yaptırım ise hem cezalandırma hem de ödüllendirme ilkelerini kapsar. Her ne kadar yasalar oluşturulurken kurallara uyulmasından çok uyulmamasının sonuçlarıyla ilgilenilmekte ise de yaptırımın bir kötülük tehdidi karakterinin yanında iyi bir davranış için mükâfat olma özelliği de inkâr edilemez.

²⁷ Türk Ceza Kanunu madde gerekçeleri.

²⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E: 2003/13276, K: 2005/2409, T: 23.03.2004, sayılı kararında “*Kişinin hukuki durumuna birtakım cezai sonuçlar bağlayan düzenlemeler Anayasa'nın 38. maddesinde öngörüldüğü gibi ancak kanunla yapılabilir. Yasa gücünde kararname ile bu tür düzenlemeler yapılamaz.*” denilmiştir (Kazanıcı İçtihat Programı).

²⁹ Rousseau cezayı verenin toplum değil, bizzat insanın kendisi olduğu, zira toplumsal sözleşme gereği bazı kayıtları kabul etmiş olan insanın bu kaideleri isteyerek ihlâl etmesi halinin yasanın bu ihlâl karşısında öngördüğü cezayı baştan kendi iradesi ile kabul ettiğini iddia etmektedir (bkz. **Ancel, Marc** (1974) “Klasik Hukukta ve Toplumsal Korunma Doktrininde Ceza Anlayışı” (Çeviren: Hasan İsmet Bıyıklı), Ankara Barosu Dergisi, S: 5 s. 896.

³⁰ **Uğur, Hüsamettin** (2010) “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 91, s. 303 vd.

İlkenin izlerine Roma Hukukunda rastladığını belirten müellifler³¹ olduğu gibi temellerini 1215 yılında İngiltere Kralı ile baronlar arasında imzalanan ve Kralın yetkilerini Baronlar lehine kısıtlayan Magna Carta Libertatum'da yer aldığını savunlar da mevcuttur³². Ancak Kral tarafından tanınan özgürlüklere ilişkin bu bildirgenin 39. maddesinde '*... ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça, hiçbir özgür kişi tutuklanamaz, hapse atılamaz, mal ve mülkü elinden alınamaz, sürgüne yollanamaz ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamaz*' ifadesi kullanılmış olup işbu hükmün ceza usul yasası ile ilgili olduğunu savunanlar da mevcuttur³³.

Kanunilik ilkesi doğal bir ilke değildir. Nitekim 1532 tarihli Alman Ceza Kanununda hâkime somut davada açıkça bir ceza öngörülmemiş olsa bile eylem genel olarak kamu düzenine aykırı ise ceza vermek hakkı tanınmıştır³⁴.

Örf ve âdet hukukunun yaygın olarak uygulandığı, kıyas yasağı ve geriye yürümezlik ilkelerinin yer almadığı uygulamalar düşünüldüğünde gerçek anlamda bir kanunilik ilkesinden Ortaçağın bitimine kadar söz etmek kabil olmayacaktır. Ancak kanunilik ilkesini günümüzde anlamını veren fikri gelişim 18. yüzyılda kendini göstermiştir. Bu dönemde Montesquieu tarafından ortaya atılan görüşe göre fertler açısından hürriyetin teminat altına alınabilmesi, devlet müdahalesinin sınırlarının tespiti ile mümkün olabilecektir. Bu durumda fert kanunun yasaklamadığı her şeyi yapabilme serbestisine sahip olacaktır³⁵.

Beccaria ise suçlara ilişkin cezaların yalnızca yasalarca belirlenebileceğini, yargıcın sanığı öngörülmeven cezalara çarptıramayacağını ve ayrıca yargıcın, yasalarca saptanmış sınırı aşarak, artırılmış bir cezaya

³¹ **Cherif, M., Bassiouni** (1999) Crimes Against Humanity in International Criminal Law, 2nd Edn, Kluwer Law International, s.132.

³² **Antolisei, Francesco** (1980) Manuale Di Diritto Penale, PG., 1st Edn., Milano, A. Giuffrè., s. 51 vd.; **Bettiol, Giuseppe** (1978) Diritto Penale, 2nd Edn., Cedam, Padova, s. 111.

³³ **Alacakaptan, Uğur** (1958) İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara, s.3.

³⁴ **Hakeri, Hakan** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.13-14.

³⁵ **Alacakaptan**, s.4.

hükmetmesinin haksızlık olacağını savunmuştur³⁶. Suçta ve cezada kanunilik ilkesini günümüzdeki anlamıyla ve Latince “nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege” olarak formüle eden ise Alman ceza hukukçusu Feuerbach’tır³⁷.

İlke, ilk defa Amerika Birleşik Devletlerinde, Maryland Anayasasında³⁸ ve 1776 Amerikan Özgürlük Bildirisinde³⁹ pozitif hukuka girmiş ve bundan sonra da 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinde yer almıştır.

Ülkemiz açısından bakıldığında ise ilkeye Osmanlı Devleti’nde II. Mahmut’un 1838 yılında memurin ve ilmiye sınıfı için hazırlattığı ceza kanunnamelerinde yer verilmiştir. Tüm Osmanlı tebaası için ise 1839 Tanzimat Fermanı’nda ve bundan sonra sırasıyla 1858 tarihli Osman Ceza Kanunu ile 1876 Anayasası’nda düzenlenen kanunilik ilkesine yer verilmiştir⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesinde kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, ‘*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza*

³⁶ **Beccaria**, s.31.

³⁷ **Özgenç, İzzet** (2006), Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları, s. 66 (Tepe bu konuda “Almanya’da gerekse Türkiye’de ceza hukukunun temel ilkelerinden birine kaynaklık eden “kanunsuzsuç ve ceza olmaz” ifadesinin müellifi olarak büyük Alman ceza hukukçusu Anselm von Feuerbach gösterilmektedir. Bugün dahi hangi Almanca ceza genel hukuku kitabını açsanız bu ilkedeki ilk bahsedildiği yerde Feuerbach’ın adının geçtiğini görürsünüz. Ancak Hruschka/ Byrd, “kanunsuz ceza olmaz (Nulla poena sine lege)” ilkesinin Feuerbach’tan 15 yıl önce 1784’de Kant tarafından kullanıldığını ifade etmektedirler. Hatta yazarlar bu bağlamda Kant’a ait şu ifadeyi olduğu gibi nakletmişlerdir: “Her ceza bir tür zorlamadır/ baskılamadır (Zwang), ancak her zorlama/baskılama bir ceza değildir. Ceza ancak, bir kanuna dayanan/ uygulanma kabiliyetini bir kanundan alan zorlama/ baskılama olabilir.” Buradan hareketle de yazarlara göre bu ifade açık bir şekilde “kanunsuz ceza olmaz” ilkesinin bizatihi kendisidir ve bu nedenle anılan ilkeyi ilk formüle eden Feuerbach değil Kant’tır.” demektedir. (bkz. Tepe, İlker (2014) “Kant’ta Ceza Hukuku ve Hukuk Devletinde Ceza” (Prof. Dr. Joachim Hruschka/ Prof. Dr. Sharon Byrd) – 3: KANUNSUZ CEZA OLMAZ! http://epetrekli.blogspot.com/2014/02/kantta-ceza-hukuku-ve-hukuk-devle-tinde_9.html s.e.t 09.02.2014.

³⁸ **Önder, Ayhan** (1992) Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 57.

³⁹ **Akbay, Muvaffak** (1950) “Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 1-2, s. 468.

⁴⁰ **Soyaslan, Doğan** (2018) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 527-528.

verilemez.’ biçiminde ifadesini bulmuştur⁴¹. Esasen ülke uygulamalarında iç hukukun suç saydığı fiil Sözleşme açısından da suç olarak kabul edilmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi bir fiilin Sözleşmenin 6. maddesi anlamında suç sayılıp sayılmayacağına ilişkin olarak, a. Bu fiilin iç hukuktaki niteliğine, b. Bu fiilin ait olduğu hukuk disiplinine (bu fiilin genele uygulanabilir olması halinde ceza hukuku, sınırlı meslek grubuna yönelik olması halinde disiplin hukuku ilkeleri devreye girecektir. Ancak her iki disiplinin birden işbu fiile ilişkin hüküm bulundurması ve aynı olayda uygulanması mümkündür.), c. Söz konusu fiil için öngörülen yaptırımın niteliğine ve ağırlığına bakarak belirleme yapmaktadır⁴².

Günümüzde demokratik ülkelerin uluslararası hukukla da tanınan ve temel hak ve hürriyetleri korumaya yönelik hukuk ilkelerine iç hukukta anayasal güvenceler getirdiği ve ceza kanunlarında kanunilik ilkesine açıkça yer verdiği⁴³ görülmektedir. Nitekim kanunsuz suç ve ceza olmayacağına ilişkin ilkeye Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın⁴⁴ 38. maddesinde de uluslararası hukukta öngörülen belirlemelere paralel olarak, *‘Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.’* şeklinde yer verildiği görülmektedir⁴⁵.

⁴¹ Ecer/Zeyrek vs Türkiye davasında AİHM, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olmayan Terörle Mücadele Kanunu’ndan dolayı mahkûmiyet kararı verilmesi gibi olağanüstü garip bir uygulama nedeniyle ihlâl kararı verilmiştir (aktaran: Hakeri, s. 14).

⁴² **Can, Osman** (2005) “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1-2, s.100-101.

⁴³ 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 1. maddesinde, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun 4. maddesinde, 1867 tarihli Belçika Ceza Kanununun 2. maddesinde, 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanununun 1. maddesinde, 1998 tarihli Polonya Ceza Kanununun 1 ve 3. maddelerinde, 1997 yılında yürürlüğe giren Rusya Ceza Kanununun 3. maddesinde, 1940 sayılı Brezilya Ceza Kanununun 1. maddesinde ve 1998 tarihli Ceza kanununun 1. maddesinde yer verilmiştir (aktaran: **Günerbüyük**, s. 12,13).

⁴⁴ İlke ilk kez 1961 Anayasasınının 33. maddesinde ‘Cezaların Kanuni ve Şahsi Olması; Zorlama Yasağı’ başlığı ile açık bir şekilde anayasal güvence altına alınmıştır.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E: 2010/69, K: 2011/116, T: 07.07.2011 sayılı kararında “Anayasa’nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, ‘Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz’ denilerek ‘suçun yasallığı’, üçüncü fıkrasında da ‘ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur’ denilerek, ‘cezanın yasallığı’ ilkesi getirilmiştir.

Anayasa ile temelleri atılan kanunilik ilkesine Türk Ceza Kanunu'nun 'Suçta ve Cezada Kanunilik' başlıklı 2. maddesinde⁴⁶ yer verilerek bir fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için kanunda açıkça suç olarak nitelendirilmesi ve cezasının da tayin edilmiş olması gerekeceği belirtilmiştir⁴⁷.

Türk Ceza Kanunu'nun özel kanunlarla ilişkisine bakıldığında ise Ceza Kanunumuzun 5. maddesinde bu Kanunun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı ifade olunmuştur. Hüküm, hem özel kanunları hem de ceza hükmü içeren kanunları kapsayıcı mahiyettedir. Bu noktada doktrinde hükmün yürürlüğe girdiği 01.01.2009 tarihi itibarıyla Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırılık arz eden hükümlerin, zikrolunan 5. madde karşısında geçerliliklerinin ne olacağı açık olmadığını belirtilenler olduğu gibi⁴⁸, söz konusu madde ile 5237 sayılı Kanunun genel hükümlerine aykırı ya da aynı olan kuralların zımnen kaldırıldığını savunanlar da mevcuttur⁴⁹. Buna karşın Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda yer alan dava zamanaşımını durduran nedenlerin Anayasa'da yer alan kaideler ile önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun ilişkisi değerlendirilerek çözülmesi gerektiği ve bu noktada, özel kanunlarda yer

Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır." ifadeleri kullanılmıştır.

⁴⁶ '(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.'

⁴⁷ **Hakeri**, s. 13.

⁴⁸ **Aygün Eşitli, Ezgi** (2013) "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 104, s. 232 vd.

⁴⁹ **Karagülmez, Ali** (2004) "5237 sayılı Türk Ceza kanununda Özel kanunlarla İlişki Konusundaki Düzenlemenin (5. Maddenin) İncelenmesi" Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 94.

alan Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı hükümlerin zımnen ilgası yoluna gidilmesinin yerinde bir yaklaşım olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır⁵⁰. Kanunlar hiyerarşisi ve önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun değerlendirmesi yapılarak kanun koyucunun muradını tespit etmek isabetli olacaktır.

Ceza hukuku bakımından kanuna aykırı fiiller karşılığında öngörülen suç ve cezaların kanunla belirlenmesi esastır. Ancak bazı teknik konularda ceza verilecek fiillerin somut olarak kanun metinlerinde belirtilmesi mümkün değilse kanunla çizilen çerçevede kalmak kaydıyla bu fiillerin ayrıntılarının kanundan kaynaklanan bir yetki ile idari düzenlemelere bırakılması mümkündür⁵¹. Bu bağlamda idari cezalar bakımından cezada kanunilik ilkesinin sert biçimde uygulandığını ancak suçta kanunilik bakımından esneklik tanındığını görmek mümkündür. Nitekim Kabahatler Kanunu'nun "Kanunilik İlkesi" başlıklı 4. maddesinde, '(1) *Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*

(2) *Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir*' denilerek bu husus açıkça hükme bağlanmıştır.

Kabahat fiilleri bakımından genel olarak telafisi imkânsız zararlar⁵² yaratmayan cezalar öngörüldüğü düşünüldüğünde kanunla çerçevesi çizilmiş fiillerin idari düzenlemelere konu olması anlaşılabilir bir husustur. Öte yandan idarenin yetki alanı gün geçtikçe genişlemekte ve toplumsal yapı da teknolojik, ekonomik ve kültürel bir dinamizm yaşamaktadır. Bu sebeple çağın gerisinde kalmamak ve bozulan düzenin derhal inşası için idarenin hızlı hareket etmesi anlaşılabilir bir durumdur. Ne var ki idareye bu yetkiyi tanımak öncelikle üstün

⁵⁰ **Taner, Fahri Gökçen** (2009) "TCK'nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 83, s. 154.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Soyaslan, Doğan** (1990) Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, s.17 vd.

⁵² Ruhsata aykırı bir yapının yıkımı halinde telafisi imkânsız ya da güç zarardan söz etmek mümkündür.

kamu gücü karşısında temel hak ve ödevleri koruyup geliştirmekle görevli kanun koyucunun doğru, etkili, sınırları belirlenebilir ve anlaşılır nitelikte metinler oluşturması ile mümkün görülmelidir. Bu husus kanun yapma tekniğiyle ilgilidir. Öte yandan denetlenebilir ve bu hesap verme zorunluluğunun farkında olan bir idare tarafından yapılacak işlemler daha adil olabilecektir.

B. DİSİPLİN CEZALARI BAKIMINDAN KANUNİLİK İLKESİ

Konu disiplin cezaları bakımından incelendiğinde, 657 sayılı Kanun'da da disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin esnetildiği görülmektedir⁵³. Zira söz konusu Yasanın 125/4. maddesinde, *'yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.'* hükmü vazedilmiş olup böylece disiplin suçları bakımından kıyas yapılması mümkün hale getirilmiş ve belirlilik ve tipiklik ilkelerinden uzaklaşmıştır. Doktrinde ise söz konusu Kanun hükmünün Anayasayı ihlâl edip etmediği ve kanunilik ilkesi karşısında bu şekilde bir düzenleme yapılıp yapılmayacağı hususları tartışılmıştır. Bu noktada doktrin açısından ilk tartışma konusu Anayasa'nın 128/2. maddesinde geçen *'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve*

⁵³ “Bu esnek uygulama ‘açık (ya da beyaz) ceza normu’ uygulamasında karşımıza çıkar. Açık ceza normu adı verilen ceza kuralı, yaptırım (ceza) ve suçun konusunu içermesine rağmen, fiil (davranış) kısmını içermemektedir. Davranış kısmı, ileride ortaya çıkacak, idarenin emrine ya da bir düzenleyici tasarrufuna aykırılık şeklindeki ihlâle bağlanmaktadır. Başka bir ifadeyle normu kanun koyucu koymakta, içeriğini idare doldurmaktadır. Açık ceza normu uygulamasının tipik örneği olarak kabul edilen ve yetkili makamların emrine riayetsizliğe ceza öngören TCK m. 526'nın Anayasaya aykırılığı iddiası ile yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi bu durumu kanunilik ilkesine aykırı bulmamıştır. Kamu personeli disiplin hukukunda ise disiplin suç ve cezalarının tek tek sayıldığı kanunlara rastlanmakla birlikte, bazen kanunda sadece disiplin cezaları zikredilmekte, disiplin suçlarının belirlenmesi düzenleyici işlemlere bırakılmaktadır. Dolayısıyla kamu personeli disiplin hukukunda tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle disiplin suçu ihdası mümkün olabilmektedir” (bkz. **Akıymaz, Bahtiyar** (Haziran-Aralık 2002) “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi C: 6, S: 1-2, s. 248).

diğer özlük işleri kanunla düzenlenir' ifadesinin memur hakkındaki disiplin işlemlerini kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. Gerçekten de Anayasa'nın üniversite personeli ile ilgili 130/9. maddesinde öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işleri ile yine 140/3. maddesinde hâkim ve savcılara ilişkin disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi hallerinin kanunla düzenleneceğinin açıkça ifade olunmasına karşın 128. madde hükmünde disiplin suç ve cezaları ile ilgili belirleme yapılmamıştır. Ancak doktrinde bugün 'diğer özlük işleri' kavramının, madde metninde yer almayan kamu görevlilerinin disiplin işlerini de kapsadığı kabul edilmektedir⁵⁴.

Anayasa'nın 38. maddesinin⁵⁵ disiplin cezaları açısından geçerli olup olmadığı konusu da doktrinde tartışılmış; kimi müellifler, disiplin suç ve

⁵⁴ **Akyılmaz**, s. 246; **Arslan, Zehreddin** (2000) 657 sayılı Kanuna Göre Disiplin Suç ve Cezaları, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları, s.41; **Yüce, Turhan Tufan** (1994) "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", Danıştay Dergisi, S: 88, s. 9; **Sağlam, Mehmet** (2005) "Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler ve Anayasa Mahkemesi'nin Uygulaması", Danıştay Dergisi, S: 109, s.3 vd., **Kaya, Cemil** (Haziran 2005) "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına Hâkim Olan Temel İlkeler", Amme İdaresi Dergisi, C: 38, S: 2, s.63-64.

⁵⁵ MADDE 38 '*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

(Ek fıkra: 03/10/2001-4709/15 m.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

(Ek fıkra: 03/10/2001-4709/15 m.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

(Ek fıkra: 03/10/2001-4709/15 m.; Mülga: 7/5/2004-5170/5 m.)

(Değişik: 07/05/2004-5170/5 m.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; bu nedenle kanun koyucunun disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenlemeler konusunda Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ilkelere uymak zorunda olduğu belirtmişlerdir⁵⁶. Bu görüş taraftarlarına göre kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin disiplin hukukun uygulanmaması idarenin keyfi tutumuna yol açabilecek ve memur güvenliği açısından sakınca yaratacaktır⁵⁷. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, disiplin cezası verilmesini gerektirecek eylemlerin ve bunlara uygulanacak disiplin cezalarının, bu eylemler ortaya çıkmadan önce kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde kıyasın yapmaya izin verilmiş olması kabul edilemeyecektir. Yine bu görüş taraftarları⁵⁸ suç ve cezaların kanunla öngörülmesi her şeyden önce pozitif düzenleme uyarınca zorunludur. Çünkü disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesi değil de 128. maddesi kapsamına girdiği kabul edilse bile bu maddede açıkça kanunla düzenleme ilkesi kabul edildiğinden, disiplin suç ve cezalarının da kanunla düzenlenmesi zorunlu olduğu memurun, hangi davranışının ne tür bir disiplin cezası gerektireceğini önceden bilmesi/bilebilecek durumda olması gerekeceği ve bu belirlemeyi idarenin takdirine bırakmanın, farklı ve keyfi uygulamalara yol açacağı belirtilmiştir. Bu görüş taraftarlarına göre⁵⁹ disiplin mevzuatında idareye geniş ölçüde takdir yetkisi tanıyan, belki pek çoğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan disiplin suçu kategorisi bulunmaktadır. Bundan daha fazla dikkate alınması gereken ise torba hükümlerdir. Disiplin hukukunda kıyas

(Değişik: 07/05/2004-5170/5 m.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşı, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.'

⁵⁶ **Yıldırım, Turan** (2001) "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", Anayasa Yargısı, S: 18, s.439; **Akgüner, Tayfun/ Berk, Kahraman** (2017) İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, s.724-725; **Yıldırım, Turan** (2017) İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, s.422 vd.

⁵⁷ Danıştay tarafından verilen bir kararda, Devlet memurlarına özel kanunların disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için memurların eylemlerinin ve bu eyleme verilecek disiplin cezalarının özel yasada tam ve açık olarak tanımlanması gerektiği aksi halde genel kanun olan 657 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem tesis edileceği belirtilmiştir (Danıştay 12. Dairesi, E: 2000/958, K: 2000/4088, T: 21.11.2000, Kazancı İçtihat Programı)

⁵⁸ **Kaya**, s. 65.

⁵⁹ **Akyılmaz**, s. 250.

ilkesini getiren bu hükümler adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik etmektedirler⁶⁰. Bu sebeple disiplin suç ve cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği; kanun koyucunun disiplin suç ve cezalarına ilişkin düzenleme yetkisini kullanırken Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelere uymak zorunda olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki disiplin suç ve cezalarının 38. madde değil de 128. madde kapsamına girdiği kabul edilse bile maddede açıkça kanunla düzenleme ilkesi kabul edildiğinden disiplin suçlarının da cezalarının da kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğu açıktır.

Buna karşılık doktrinin diğer bir kısmı, disiplin suçu olarak nitelendirilebilecek bütün fiillerin önceden belirlenmesinin her zaman mümkün olmaması ve bu yöntemin disiplin hukukunun amacına uygun düşmemesi⁶¹ disiplin hukukunun sadece meslek hayatıyla ilgili kısıtlamalar

⁶⁰ Konu hakkında katıldığımız görüşe göre, "(Danıştay kararındaki) karşı oy şu şekildedir: DİDDGK., E: 2000/646, K: 2000/1119, T: 09.11.2000: 'Hukuk devletinde ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımının yapılması, suçların kesin biçimde ortaya konulması, ne tür eylemlerin yasaklandığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtilmesi ve buna göre de cezanın saptanması zorunludur. Bu şekilde bir saptama yapmadan idareye sınırsız bir takdir hakkı tanıyarak kıyas yoluyla disiplin suç ve cezası verilmesi yolunu açan düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından; temyize konu kararın yönetmeliğin 12. maddesinin iptal isteminin reddine ilişkin kısmının bozulması oyuyla, bu kısma ilişkin onama kararına karşıyız'... 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu vurgulanmaktadır, Yıldırım (2014), s. 288; Her ne kadar disiplin suçlarının tek tek belirlenmesi hizmet gereklerine uygun olmayıp imkânsız gibi görülse de kıyasın tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi disiplin hukukunda da yasak olması gerekir. Nitekim Devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezası uygulamasında kıyas çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Ancak disiplin hukukunda kıyasın tamamen yasaklanmasının mümkün olmaması halinde ise Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin "öngörülmemiş disiplin suçları" başlıklı 10. maddesinde olduğu gibi sadece uyarma ve kınama disiplin cezalarında geçerli olması daha uygun olacaktır." (bkz. **Boz, Selman Sacit** (2017) "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 2, s. 22-23).

⁶¹ **Atay, Ethem Ender** (2018) İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 935-936 (Söz konusu eserde kanunda öngörülen disiplin suçlarının sosyal hayattaki gelişmelere uygun olarak gerektiğinde değiştirilerek düzenlemeye tabi tutulması gerektiği örneğin cinsel taciz suçunun disiplin suçu olarak düzenlenmemiş olmasına karşın disiplin yaptırımı gerekeceğine şüphe olmadığı hususu vurgulanmıştır). Benzer görüş konusunda bkz. **Otacı, Cengiz/ Keskin, İbrahim** (2010) Türk Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 27.

getirmesi ve amacının kurum düzenini korumak olmasından bahisle ve tüm kurumları kapsayacak nitelikte ve genellikle kuralların konmasının güçlüğü nedeniyle kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda yeri olmadığı görüşündedir⁶².

Yine bazı müellifler⁶³ Kanunun 125/4. maddesiyle kıyas yolu ile ihlâl türü (suç) yaratılmasına ışık yakıldığı ve bu durumda olayın kıyas yolu ile suç yaratılmasından daha vahim bir sonuç olarak disiplin suçlarında kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin disiplin suçlarında işlemediğini belirtmektedir. Bu görüşü savunan müelliflerin haklı olarak belirttikleri üzere aslında disiplin suçları (ihlâlleri), 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde sayılan ellinin üzerindeki suçtan ibaret değildir. Kimi idare, kurum ve kuruluşlarında bu kurum ve kuruluşa ait personel yönetmeliklerinde kıyasen yeni suç tipleri ihdas edilmektedir⁶⁴. Bu durumda da memurun yasayla suç olarak nitelendirilmemiş bir davranışı disiplin suçu addedebilecektir. Öte yandan Kanunun aradığı '*yasanın saydığı disiplin suçlarına nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer olması hali*' bir tahdit olarak algılanabilir ise de ne denli etkin ve keyfiyeti engelleyici nitelikte olacağı tartışmalıdır⁶⁵.

⁶² **Adal, Hasan Şükrü** (1968) Kamu Personel İdaresi, İstanbul Ahmet Sait Matbaası, s. 262 vd.; **Livanelioğlu, Ömer Asım** (1997) Memur Disiplin Hukuku, Ankara, Asil Yayıncılık, s. 23; **Cem, Cemil** (1969) "Disiplin ve Disiplin Hukuku", Ankara Barosu Dergisi, S: 5, s. 822; **Yüce**, s.8.

⁶³ **Zabunoğlu, Yahya Kazım** (2012) İdare Hukuku, C.1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 655.

⁶⁴ Doktrinde "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde disiplin cezası gerektiren disiplin suçları sayma (tadadi) yoluyla sayılmıştır. Başka bir ifadeyle disiplin suçları tahdidi yani sınırlı sayıda değildir. Nitekim aynı maddenin IV. fıkrasında 'Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir' hükmü bulunmaktadır. Benzer bir şekilde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/D maddesinde de 'Bu Kanunda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer fiilleri işleyenlere de hangi disiplin fiiline benzediği belirtilerek aynı türden disiplin cezaları verilir' hükmü yer almaktadır. Kıyasa izin veren bu maddeler göstermektedir ki disiplin cezaları açısından da kanunilik ilkesi geçerli iken disiplin suçlarında kanunilik ilkesi geçerli değildir." görüşü savunulmuştur (**Boz**, s.22).

⁶⁵ **Zabunoğlu**, s. 655, 656.

Doktrinde kanunilik ilkesinin yalnızca disiplin cezaları bakımından kabul edildiğini, tüm kurumları ve değişen ihtiyaçları kapsayacak düzenlemeler yapılmayacağı için de disiplin suçları bakımından ilkenin uygulanamayacağını savunanlar da mevcuttur⁶⁶. Bu görüş taraftarları, disiplin cezaları bakımından 657 sayılı Kanun uygulamasında tipiklik, belirlilik, kıyas yasağı ilkelerinin geçerli olduğunu bu nedenle memura, disiplin cezası olarak 657 Sayılı Kanunda mevcut beş disiplin cezasından başka disiplin cezası verilemeyeceğini ve kanunda öngörülen cezaların oranları Kanunun dışına çıkılarak değiştirilemeyeceğini belirtmektedir⁶⁷.

Yine kanunsuz ceza olmaz ilkesinin, mevzuatta öngörülmemesi ve içtihadi bir ilke niteliği taşıması nedeniyle kanunla aksi bir düzenleme yapılabileceğini belirten görüşler ileri sürülmüştür⁶⁸. Bu görüş memurluktan çıkarma cezası dışındaki disiplin cezalarının bir temel hak ve hürriyeti sınırlandırmadığı, dolayısıyla bu cezaların verilmesi için bunlara konu olan fillerin kanunlarda ve hatta yönetmeliklerde bile belirtilmesinin gerekmediği, idarenin zaten bu yetkiye personeli üzerinde var olan genel yönetim yetkisi gereği sahip olduğu gerekçesine dayandırmaktadır.

Yargının konuya bakış açısı değerlendirildiğinde ise Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda⁶⁹ “*Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.*”

⁶⁶ **Örücü, Esin** (1966) “Disiplin Cezaları ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 32, S: 2-4, s. 793 vd.; **Gölcüklü, Feyyaz** (1963) “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 18, s.163; **Zabunoğlu**, s. 667.

⁶⁷ **Kaya**, s. 63; **Aslan**, s. 23. Konuya ilişkin olarak Zabunoğlu yine katıldığımız bir eleştiri getirerek ülkemizde disiplin suçları açısından kanuniliğin benimsenmediği, disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesinin benimsendiği ve fakat uygulamada memura disiplin cezaları açısından getirilen bu kanunilik ilkesinin gereği olarak memura atfedile suç ve atfedilen suçun karşılığı olan ceza hakkında da açıklama yapılmadığını belirtmektedir (bkz. **Zabunoğlu**, s.667-668).

⁶⁸ **Gözler, Kemal** (2018) İdare Hukuku, C. II, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2018, s. 752.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, E: 2013/83, K: 2013/116, T: 10.10.2013 (Kazancı İctihat Programı).

Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür.” denilmiştir⁷⁰.

Danıştay uygulamasına bakıldığında Danıştay’ın disiplin suç ve cezalarının bir Kanuna dayandırılması halinde kanunla düzenleme ilkesine uyulduğunu kabul ettiği görülmektedir⁷¹.

⁷⁰ Yine AYM tarafından verilen bir kararda “Anayasa Mahkemesi’ne göre, ‘Yönetim, yönetim ilişkisi nedeniyle yönetilenler hakkında yaptırım uygulama yetkisine sahiptir’. Disiplin hukukunun kaynağını oluşturan bu yetki, Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen koşullarda kullanılır. Düzenleyici işlemlerle belirlenen türleri, yöntemleri, uygulama nedenleri, sonuçlarıyla genelde bir disiplin cezası niteliğini taşıyan yaptırımlar için, yönetim kural işlemlerle yetkili kılınır. Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamaz. Yönetimsel yaptırımlar, yönetimin karar ve işlemlerinin denetimi en zorunlu olanlarındandır. Suç ve cezalar, Anayasa’ya uygun olarak yasayla konulabilir. Yönetim, kendiliğinden suç ve ceza yaratamaz. Bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma (çıkarma) da programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de ‘uymama’nın tanımı yapılmamış hangi eylemlerin ‘uymama’ sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli “uymamak” kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine olanak verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. ‘Kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde ceza yaptırıma bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır” denilmiştir (Anayasa Mahkemesi, E: 1987/16, K: 1988/8, T: 19.04.1988, RG. 23.8.1988, S. 1990853).

⁷¹ Örneğin bir kararında Danıştay, “Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 47. maddesinde yalnızca uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz hakkı öngörülerek disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı bir üst disiplin amirine, yoksa disiplin kurullarına itiraz yapılabileceği belirtilmiş, aynı yönetmeliğin 48. maddesinde de, itirazın ne şekilde yapılacağı ve itiraz halinde itiraz mercilerinin yetkilerinin ne olduğu açıklandıktan sonra, aynı maddenin iptali istenilen 3. fıkrasında da aynen; ‘itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamaz’ kuralı yer almıştır.

Öte yandan disiplin cezalarına ilişkin bir diğer sorun idarenin düzenleyici işlemler vasıtasıyla suç ihdas edip edemeyeceğine ilişkindir.

2709 sayılı Anayasa'nın, Temel Haklar ve Ödevler Kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri bölümünde yer alan, Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddenin 1. fıkrasında aynen, 'Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir' hükmüne yer verilmiş, Anayasa'nın aynı kısmında Genel Hükümler bölümünde yer alan Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddesinde de; 'Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.' kuralı yer almıştır.

Bu maddenin incelenmesinden temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olan genel sınırlama biçimleri tek tek sayılmak suretiyle saptandıktan sonra Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle de, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanabileceği belirtilmiş, ancak niteliği ne olursa olsun bu sınırlamanın mutlaka kanun ile getirilmesi öngörülmüştür.

Anayasanın 129. maddesindeki, uyurma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı yolundaki hüküm, uyurma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği anlamını taşımakla, yukarıda açıklanan hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddeye özel bir sınırlama getirmiştir. Ancak bu sınırlamanın yalnızca yasama organı tarafından getirilebileceği idari makamlarca yürürlüğe konulan düzenleyici tasarruflarla, böyle bir sınırlama getirilmesinin ise yukarıda belirtilen Anayasa'nın 13. maddesi karşısında mümkün olamayacağı açıktır.

Öte yandan, Anayasa'nın 130. ve 131. maddeleri, kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümlerden ayrı olarak, yükseköğretim kurumları ve üst kuruluşları ile ilgili farklı düzenleme getirmiş ve 130. maddesinde, yükseköğretimle ilgili hangi hususların kanun ile düzenlenmesi gerektiğini belirlerken bunların arasında disiplin ve ceza işlerini de saymıştır.

Bu kurala uygun olarak yürürlükte bulunan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) bendi, öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemlerinin, disiplin amirlerinin yetkilerinin devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenleneceğini belirtmiş, aynı kanunun 65. maddesinin (9) bendinde de bu düzenlemenin yönetmelik şeklinde olmasını hükme bağlamıştır. Ancak söz konusu kanunda uyurma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurma hakkını engelleyen herhangi bir kurala yer verilmemiştir.

Burada, kanunun idareye tanıdığı yetki, sadece, disiplin suç ve cezalarına, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre, paralel hükümler getirilmesine yönelik olup, dava açma hakkını kısıtlamak amacıyla kullanılamaz." denilerek disiplin suç ve cezalarının Kanunla verilen yetkiye dayanılarak Yönetmelikle düzenlenebileceğini zımnen kabul etmiştir." (Danıştay 10. Dairesi, E: 1985/169, K: 1986/31 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, S. 64-65, s. 413.).

Nitekim idarenin, yasamanın çıkarmış olduğu çerçeve yasalara dayanarak suç ihdas edebileceğini savunan yazarlar yasama organının yasama yetkisinin aslilığı ve genelliği ilkesi uyarınca dilediği kadar ayrıntılı ve dilediği konuda kanun çıkarmak imkânına sahip olmakla birlikte, ağır işleyen yapısı karşısında esaslı noktaları düzenledikten sonra geri kalan konularda yürütmeyi yetkilendirebilecektir. Bu durum yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyecektir. İdarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olması idarenin çerçeve kanunda aldığı yetkiyi aşması halinde denetlenmesine imkân verir. Yine idare yasakladığı eylemleri önceden kişilere duyurur veya yayımlarsa kanunilik ilkesinin gereklerine uymuş olur⁷².

İdarenin düzenleyici işlemlerle suç ihdas edemeyeceğini ileri sürenler ise bir alanın yasama organı tarafından etraflıca düzenlenmemesi halinde bu alanın düzenlenmesinde idarenin yasamanın yerine geçmesi yasama yetkisinin devri olduğu, kanunilik ilkesinin gerçekleşmesi için sadece yaptırımın değil aynı zamanda suçun maddi unsurları da kanun tarafından düzenlenmesi gerekeceği ve yasamanın ağır işleyen yapısı bahane edilerek Anayasa aykırı⁷³ düzenlemelere cevaz verilemeyeceğini savunmaktadır⁷⁴.

Disiplin suçlarının liste halinde teker teker belirlenmesinin mümkün olmadığı⁷⁵ görüşü kabul edilmelidir. Elbette bu durumda kurum düzenini bozan davranışların cezasız kalması düşünülemeyecektir. Yine disiplin cezalarının kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir yönü olmadığı da muhakkaktır. Buna karşın özellikle uygulamada memur güvenliliğinin tehdit edildiği ve idarenin sınırı belli olmayan bir yetki ile donatılmasının bir baskı aracı olarak kullanılabilirdiği de bir gerçektir. Üstelik devlet memuriyetinden çıkarma cezasının kişinin tüm mali ve sosyal haklarına yapacağı olumsuz etki tartışmasızdır. Bu durumda kanaatimizce önce disiplin cezaları açısından

⁷² **Evren, Çınar Can** (2011), “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIX, S: L-2, s. 980.

⁷³ Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda disiplin suç ve cezalarının KHK ile düzenlemeyeceği Anayasa'nın 38. Maddesinde disiplin cezaları ve adli, cezalarla ilgili bir ayrıma gidilmediği belirtilmiştir (Anayasa Mahkemesi, E: 1990/12, K: 1991/7, T: 04.04.1991 (RG. 13.08.1991, S. 20959, s. 58).

⁷⁴ **Evren**, s. 980.

⁷⁵ **Gözler**, s. 756.

kanunilik ilkesinin geçerli olduğu kabul edilerek disiplin suç ve cezaları yönünden bir ayırım yapılmalıdır. Öte yandan disiplin suçları açısından kanunilik ilkesi, ceza hukukunda olduğu kesinlikte uygulanmayacaktır. Ancak bu durumun kanunilik ilkesinin içtihadî bir ilke olarak hukukumuzda yer bulmasından ötürü değil disiplin hukukunun kurum düzenini sağlama ve devletin saygınlığını koruma amacından kaynaklandığı belirtilmelidir. Disiplin suçu oluşturabilecek fiillerin sınırsızlığı da kanunilik ilkesinin uygulanmasını güçleştirmektedir. Ancak aynı tehlike ceza hukuku bağlamında da geçerlidir. Ceza kanunları da toplumsal olay, olgu ve değişiklikleri geriden takip edebilmekte ve bu esnada suç olarak düzenlenmeyen ancak toplumsal düzeni bozan fiiller bu süreçte cezalandırılmayabilmektedir. Bu gerekçe ile kanunilik ilkesinin ceza hukuku açısından uygulanmaması düşünülemez. Öte yandan memurluktan çıkarma cezasının temel hak ve hürriyetleri etkilediği ve bu nedenle kanunilik ilkesinin bu cezayı müstelzim fiiller açısından uygulanması gerektiği görüşüne de iştirak ediyoruz⁷⁶. Ancak memur güvenliğinin de sağlanması için öncelikle başta adil yargılanma ve gerekçelilik ilkesi olmak üzere soruşturma sürecinin disiplin hukukunda geçerli tüm ilkelere riayet edilmesi gerekeceği ve gerekli görüldüğünde yargı denetimine tabi olması açısından denetlenebilir, objektif ve adil olması aranmalıdır. Görüleceği üzere memur disiplin suç ve cezaları açısından getirilen yargısal güvence konusuna getirilebilecek eleştiri ise ülkemizde yargılamanın oldukça uzun sürmesi ve uygulamada yürütmeyi durdurma kararlarının çok güç verilebilmesinin yarattığı sakıncadır. Zira uygulamada özellikle disiplin cezasının bir baskı aracı olarak kullanıldığı durumlarda ve adeta alışkanlık haline gelen biçimde soruşturma raporunda hakkında disiplin cezası teklif edilen memura ilişkin olarak bir de “yer değiştirmesi” teklif edilmektedir. Her ne kadar ne bis in idem ilkesine aykırı olsa da memura verilen ceza yargıda incelenene kadar cezaya ilişkin idari işlem yargı yerlerince iptal dahi edilse memurun görev yeri değiştirilmekte ve bu durum pek çok mağduriyet doğurmaktadır. Bu sakıncayı da önlemek amacıyla kurumlarda hukukçulardan oluşan bir disiplin cezası itiraz değerlendirme komisyonu kurulması, ilgili komisyonun en çok iki ay içinde itirazı karara bağlaması, komisyonun yürütmeyi durdurabilme

⁷⁶ Gözler, s. 758.

yetkisinin bulunmasını ve bu itiraz komisyonunun kararı neticesinde idari yargıya başvurulabilmesi imkânı tanınmasını öneriyoruz.

Öte yandan hukukumuzda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç yaratılabilmektedir. Ancak bu husus yasama yetkisinin devri niteliğini arz etmektedir. Her ne kadar cezalara ilişkin çerçevenin dayanak kanunla çizildiği iddia edilse de bu tür işlemlerle belirlilik ilkesini⁷⁷ tümünden ortadan kaldırdığı kanaatindeyiz.

C. TAMAMLAYICI İLKELER BAKIMINDAN UYGULAMA

Kanunilik ilkesi diğer bazı ilkelerle tamamlanarak işlevsel hale gelebilecektir⁷⁸. Bir hukuk düzeninde kanunilik ilkesinin geçerli kabul edilmesi için aranan kıstaslar; “belirlilik ilkesi”, *kıyas yasağı ilkesi*, *lehte kanun ilkesi*, *ülkellik (mülkellik) ilkesi*, *geriye yürümezlik ilkesi* ve *şahsılık ilkesi* olarak sayılabilecektir.

1. Belirlilik İlkesi

Kişi hak ve hürriyetlerinin korunabilmesi için uygulayıcıya yol göstermek amacıyla kanun metninde suçun unsurları ve bu suça ilişkin yaptırımlar açıkça ifade olunmalıdır⁷⁹. Esasen bu ilke kanun yapma tekniği ile ilintili olup, hangi fiilin tanımlanan suç kapsamına gireceği net ifadelerle açıklanmalıdır. Böylece kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilden ötürü fertlerin cezalandırılmasının ve keyfilikğin önüne geçilmiş olmaktadır.

⁷⁷ Doktrinde hukuksal belirliliğin saydamlık gerektirdiği ve bu saydamlık gereksiniminin idarenin süreçleri açısından bir sorun olduğu belirtilmiştir. Zira yasalaştırma sürecinde yasa taslakları kamuoyuna açılarak büyük ölçüde saydamlık sağlanmış olsa da özellikle yasama benzeri bir etkinlik içeren düzenleyici işlem yapma sürecinde aynı rahatlık ve kurgunun görülmesi mümkün değildir (Çal, Sedat (2015) Kamu Hukukçuları Platformu'nun 8-9 Kasım, 2013 tarihlerinde Ankara'da düzenlediği Hukuk Güvenliği konulu toplantıda yapılan sunum, içinde Hukuk Güvenliği, (Haz. Ece Göztepe), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 277, Ankara, s. 253).

⁷⁸ Centel, kanunilik ilkesinin aynı zamanda insan haklarına ve anayasal güvence altında olan haklara aykırı düzenlemeler yapılamayacağı anlamına geldiğini ifade etmektedir. (Centel, Nur (2002) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.14.)

⁷⁹ Ayrıca suçun cezayı artıran nitelikli halleri de ayrıca kanun tarafından belirlenmelidir (bkz. Hakeri, s.15).

Yine bu kural gereğince örf ve âdet kuralları ve hâkimin takdir yetkisine dayanılarak “suç yaratılması” mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, *“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri ‘belirlilik’tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”* denilerek ilkenin önemi vurgulanmıştır.

Her şeyden önce belirtmelidir ki bir norm temel haklara ne oranda müdahalede bulunuyorsa o normun belirlilik oranı o kadar yüksek olmalıdır. Yasa tekniği anlamında en somut düzenleme ve en belirgin kavramlar kullanılmalıdır⁸⁰. Doktrinde ve yüksek yargı içtihatlarında belirlilik kavramının gerekliliği konusunda tam bir uzlaşma mevcut ise de mevzuatta ve uygulamada⁸¹ belirlilik ilkesinin ihlâl edildiği durumlar da görülmektedir. Örneğin 765 sayılı Kanun incelendiğinde kimi suçlar⁸² için hiçbir tanım

⁸⁰ Can, s.96 vd.

⁸¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 161. maddesindeki torba düzenlemede, *‘bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği taktirde failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır’* hükmünün kanunilik ilkesini ve belirliliği ihlâl ettiği, uygulama birliğinin bozulabileceğinin belirtilerek Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık teşkil ettiği ifade olunarak hakkında açılan iptal davası neticesinde Anayasa Mahkemesi tarafından dava reddedilmiştir. Red gerekçesinde belirlilikten kastın kanunla düzenleme olduğunun altı çizilerek farklı kanunların adres gösterilmesinin kanunilik ilkesi ile çelişmediği ifade olunmuştur (Anayasa Mahkemesi, E: 2010/116, K: 2011/118, T: 07.07.2011 (RG. 21.10.2011 S. 28091)).

⁸² Örneğin 765 sayılı Kanunda dolanlı (hileli) İflas, Taksirli İflas (m. 224) gibi suçlar açısından bir tanım yapılmamıştır (bkz. **Bozkurt, H., Argun/Bozkurt, Asuman** (1989) “Hileli İflas Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 5, s.695 vd.

yapılmaksızın sadece söz konusu suçlara ilişkin cezalara yer verilmişti. 5237 sayılı Kanunun 2. maddesinde Kanunun açıkça suç saymadığı fiillerin cezalandırılmayacağı vurgusu ile belirlilik ilkesine gönderme yapılmıştır. Ancak 5237 sayılı Kanun açısından da kanun metinlerinde kullanılan *ve benzeri sebep, başka bir neden, hukuka aykırı başka bir davranış* gibi ifadelerin belirlilik ilkesini ihlâl ettiği eleştirileri yapılmıştır⁸³. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında *kamu güvenliği, kamu düzeni, ve mülahaza* gibi kavramların yoruma muhtaç, kişilerin bakış açılarına göre değişen kavramlar olmadığı, anlamlarının uygulamayla belirlenmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlar olduğuna karar vermiştir⁸⁴. Gerçekten de işbu kavramlar konusunda genel geçer ve herkes tarafından kabul görmüş bir tanım yapılmasının güçlüğü düşünüldüğünde Yüksek Mahkemenin bu kararı yerindedir. Ancak ceza hukukunda “hukuka aykırı davranış” gibi geniş bir kavram kullanmak suç yaratma/kıyas yasaklarının ihlâline yol açabileceğinden Anayasa Mahkemesi'nin zikredilen kararlarında yer alan hukuk literatürüne girmiş ve uygulama ile anlam kazanmış kavram kategorisinde değerlendirilemez.

Belirlilik ilkesinin idari yaptırımlar bakımından uygulanması hususu ise idarenin gerek eylemleri nitelendirme gerekse uygulanacak yaptırımı belirleme konusundaki takdir yetkisi ile birlikte değerlendirilmelidir. Esasen kamu görevlisinin fiilinin bir ihlâl olarak görüleceğine ilişkin saptama suçta belirlilik ilkesinin yansımasıdır. Öte yandan kurum düzenini ihlâl ettiği belirtilen fiilin karşılığında öngörülecek cezaya ilişkin saptama ise cezada belirlilik ilkesinin yansımasıdır. Disiplin hukuku bakımından belirlilik ilkesi ceza hukukunda olduğu kadar kesin uygulanmamaktadır⁸⁵.

Öte yanda doktrinde belirlilik ilkesinin katı anlamıyla uygulanmasına da eleştiriler yöneltilmiştir⁸⁶. Zira ilkenin geliştirilerek pozitif hukuka kazandırılmasına öncülük eden düşünürler açısından kıyas ve yorum tümüyle

⁸³ Şen, Ersan (2006) Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s.14.

⁸⁴ Örneğin; Anayasa Mahkemesi E: 1973/12, K: 1973/24, T: 07.06.1973. (Aktaran, Can Osman, s.120.)

⁸⁵ Özyay, İl Han (1985) İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi, s. 60.

⁸⁶ Aygün Eşitli, s. 230 vd.

reddedilmekte ve somut olay, fail ve uygulayıcı yasa metniyle baş başa kalmaktaydı. İlkenin katı şekilde uygulanması tüm sosyal olayların mekanik olarak öngörülebilirliği, eksiksiz bir şekilde açık ve öngörülü yasal düzenlemeler yapılabilmesi mümkün olmadığından ve maddi adaleti engelleyebildiği gerekçesiyle adalet duygusunu zedelemektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre bir normun yoruma ihtiyaç duyması belirlilik ilkesine aykırı değildir. Burada kanun yapma tekniği anlamında dikkat edilmesi gereken belirsiz kavramların ve genel koşulların çok sık kullanılmasından kaçınılması gerektiği hususudur. Zira temel sorun belirsiz kavramların kullanılmasından çok onun somutlaştırılması ve belirlenmesinde yasal düzenleme metninin bunun için gerekli olan unsurları taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır. Bu durumda kanun koyucunun birden fazla anlama gelen, farklı uygulamalara ve eşitlik ilkesinin zedelenmesine yol açabilecek ifadeler kullanmaması, yorumun uygulamayı kolaylaştırıcı olması gerekecektir. Sonuç itibarıyla, normun içeriği, amacı ve ölçüsü bilinebilir, anlaşılabilir olmalıdır. Ancak ister daraltıcı, ister genişletici, isterse ilerletici yorumda bulunulsun, yorum, daima yorumlanmakta olan hükümlerle sınırlı olmalıdır.

2. Ceza ve Disiplin Hukukunda Kıyas Yasası ve Yorum İlişkisi

Doğası gereği hantal bir yapıda olan yasamanın dinamik olan sosyal hayata ilişkin tüm olay ve olguları önceden göremeyebileceğine ilişkin bakış açısı ile kanunlar, geniş, soyut ve kapalı biçimde formüle edilerek hazırlanmaya başlanmıştır. Bu haliyle değişen ihtiyaçlara göre yargının rahatlatılması, uygulamaya içtihatların yön vermesi amaçlanmıştır⁸⁷.

Kıyas, uygulayıcının, bir hukuk kuralının kanuni düzenlemenin kapsamına girmeyen başka bir olaya, bu olayla benzerlik ilişkisi kurarak taşınması ve uygulamasıdır⁸⁸. Kıyas yöntemi uygulayıcının kanunda gördüğü boşluğu doldurması ve dolayısıyla yasama erkinin yerine geçmesi anlamına

⁸⁷ Keçelioğlu, Elvan (Ekim 2012) “Ceza Hukukunda İchtihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 3, S: 11, s.81 vd.

⁸⁸ Soyaslan, Doğan (1986) Ceza Muhakemesi Hukukunda Kıyas, Adalet Dergisi, C: 1-3, S: 2, s.953.

gelmektedir. Dolayısıyla yorum genişletici olabilirse de kıyasa varan yorum yapılamaz. Çünkü kanundaki boşluk yorum yöntemiyle doldurulamaz⁸⁹.

Belirtilmelidir ki kanunilik prensibi ceza adaleti sisteminin bir özelliği değil; onun ödevi ve amacıdır. Ancak bu prensip ihlâl de son derece açık bir prensiptir. Bu ihlâller çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu ihlâllerin kendisini en çok gösterdiği alanlardan birisi de kıyastan kaynaklanmaktadır. Kıyas yasağı, ilk bakışta ceza hâkimine yönelmiş bir talimat olarak algılansa da kanun koyucuya yönelik emirler de içermektedir. Kanunlar kıyasa yol açmayacak bir şekilde zekice ve açıkça formüle edilmelidir. Bu formülasyon kıyas yasağının ihlâl edildiği durumları tespit edici ve düzeltici bir işleve de sahip olmalıdır⁹⁰. Yine hukuk devleti ilkesi, hukuki güvenliğin sağlanmasını ve bireye karşılaşıcağı yaptırımını öngörebilme olanağının sunulmasını amaçlar⁹¹.

Kanun koyucu suç ve ceza içeren hükümlerde kıyas yapılamayacağını söylemekle suç ve ceza içermeyen hükümlerde kıyasa izin vermektedir. Doktrinde hukuka uygunluk nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran nedenler ve sınırlı hallerde kusurluluğu kaldıran nedenler bakımından kıyasın mümkün olduğu savunulmaktadır. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 61/10. maddesi gereği cezayı azaltan, değiştiren veya kaldıran diğer nedenler kıyas yoluyla genişletilemez⁹².

Danıştay⁹³ tarafından verilen bir kararda “*belediyeler ile il özel idareleri organlarına, yasalarda belli edilmiş eylemleri yapanlara, gösterilen miktarlarda ceza verme yetkisinin verildiği görülmektedir. Buna karşılık, yerel yönetimlerin kurdukları birliklerin hangi eylemlere ne kadar ceza verebileceklerini gösteren bir ceza uygulaması yapmalarını öngören herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, Anayasanın 38. maddesinin 3. fıkrasında ifadesini bulan ‘kanunsuz suç ve ceza olmaz’ ilkesinin bir gereği*

⁸⁹ Aygün Eşitli, s. 237.

⁹⁰ Keçelioğlu, s. 87.

⁹¹ İçel, Kayıhan (2004) “Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C: I, Hukuk Devleti, s.267.

⁹² Aygün Eşitli, s. 238.

⁹³ Danıştay 1. Dairesi, E: 1998/335, K:1998/357, T: 25.11.1998 (DD, Y: 29, S:100, 1999, s. 37-40.).

olarak, yasaların açıkça düzenleme yapmadığı bir konuda, başka ceza hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Açıklanan nedenle, yerel yönetim birliklerinin ceza yönetmeliği çıkarmak ve buna aykırı davranışlara herhangi bir ceza uygulama yetkisinin bulunmadığı” ifadelerine yer verilmiştir. Öte yandan kıyas yasağının temel amacı hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan öngörebilme olanağına hizmet etmektedir. Bu nedenle hangi eylemin hangi idari yaptırıma karşılık olarak öngörüldüğü yasada ayrıca ve açıkça tanınmalı, idari yaptırımlar bakımından kıyas yoluna başvurulmamalıdır. Ancak disiplin hukuku uygulamasında cezalar açısından kıyasın kabul edilmediği; disiplin suçları bakımından ise Kanun’da yer alan vb. ifadesinden hareketle kıyasa yol açıldığı görülmektedir.

3. Ceza ve Disiplin Hukukunda Geçmişe Yürümezlik İlkesi

Geriye yürümezlik ilkesi, yürürlüğe giren yeni kuralın yürürlük tarihinden önceki dönemde hukuki sonuçlar doğurmasını yasaklayan ve kuralın ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanmasını emreden hukukun genel ilkelerinden biridir⁹⁴.

Ceza hukuku açısından incelendiğinde ilke, ceza kanunlarının sadece yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki fiiller açısından uygulanabilmelerini ifade eder⁹⁵. Ceza hukuku hükümlerinin geçmişe yürümemesi kuralıyla ceza

⁹⁴ Altundiş, Mehmet (Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008) “Hukuki Güvenlik İlkesi”, Yasama Dergisi, S:10, s. 63. (Yazar, Türk doktrininde ve uygulamasında geriye yürümezlik ilkesinin hukukun genel bir ilkesi olduğu edildiğini ancak bir kısım görüş taraftarının bu ilkenin sadece zaman bakımından uygulama sorununu çözen bir hukuk tekniği veya kavramı olduğunu, bu nedenle bu kuralı hukukun genel ilkesi düzeyine yükseltmenin doğru olmadığını ifade ettiklerini belirtmiştir. Yine Türk hukukunda ceza hukuku dışındaki düzenlemelerde, geriye yürümezlik ilkesinin kabul edildiği anayasal bir ilkenin bulunmadığını hatırlatan yazar, bu ilkenin ceza hukuku haricinde de anayasal nitelik taşıdığını kabul eden yazarlar bulunduğunu ve bu noktada ceza normu dışındaki düzenlemelerde geriye yürümezlik katı bir kural değil, bir ilke olduğunu bildirmektedir).

⁹⁵ Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunla ilgili Adalet Komisyonunun Raporunda zaman bakımından uygulamaya ilişkin olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: 1. Ceza hukukunun kişi hak ve hürriyetleri açısından güvence oluşturması amacıyla kabul edilen zaman bakımından uygulama kurallarına göre fiili işlediği zaman yürürlükte olan kanunlara göre suç teşkil ediyorsa fail cezalandırılabilir. Bir fiil

yasalarının, ancak yürürlüğe girdiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracağı, işlendiği zaman suç sayılmayan fiiller sonradan çıkarılan ceza yasasıyla birlikte suç olarak kabul edilse de bu fiilleri önceden işleyenlere ceza verilemeyeceği ifade olunmaktadır⁹⁶. Esas kanun koyucunun hiçbir tahdide tabi olmaksızın hareket edebileceği kabul edilirse kanun koyucu karşısında yönetilenlerin ezilmesi kaçınılmaz olacaktır.

İlkenin tarihi kökenine bakıldığında izlerine 17. yüzyıl İngiltere'sinde rastlamak mümkündür⁹⁷. İngiliz Devrimi öncesinde Kral I. Charles'ın önemli bakanlarından olan Strafford'un yargılanması esnasında Strafford, 1352 tarihli bir Kanun uyarınca vatana ihanetle itham edilmiştir. Ancak kanunda ve iddianamede neyin vatana ihaneti oluşturacağı belirgin değildir. İthamda bulunanlara göre Strafford Eski İngiliz Anayasasının aksine mutlak monarşiyi kurmaya girişmiştir ve bu nedenle idam edilmelidir. Ancak önemli bir suçun karşılığı olan idam cezasının bu yargılamada nasıl formüle edileceği hususunda ciddi bir endişe ve belirsizlik söz konusu olmuştur. Bu temel soruna bağlı olarak Strafford savunmasında yargılama sürecindeki bir davada Parlatentonun vatana ihaneti yeniden tanımlama yetkisine sahip bulunmadığını ileri sürmektedir. Çünkü hiçbir kimse bir fiili işlediği anda bilmediği, öngörülmemiş

*işlendikten sonra yürürlüğe giren kanunda suç olarak tanımlanmışsa bu kanun geçmişe yürütülerek fail cezalandırılmaz. Yeni suçlar ihdas eden bir kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen fiiller açısından uygulama kabiliyeti bulur. 2. Bir suçun unsurlarında, cezasında, bu suçtan dolayı mahkûmiyetin kanuni neticelerinde sonradan yürürlüğe giren bir kanunla failin aleyhine değişiklikler yapılması durumunda bu kanun, yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiiller açısından uygulanamayacaktır. 3. Bir fiil, bilhare yürürlüğe giren yeni bir kanun ile suç olmaktan çıkarılmışsa, işlendiği zaman yürürlükte olan kanuna göre suç oluşturmasına rağmen fail cezalandırılmayacaktır. 4. Sonradan yürürlüğe giren kanun bir suçun unsurlarında, cezasında, bu suçtan dolayı mahkumiyetin kanuni neticelerinde failin lehine değişiklikler yapması durumunda yürürlüğe girdiği tarihten önce işlenmiş olan fiiller açısından da uygulanabilecektir (Aktaran: **Noyan, Erdal** (2006), Ceza Davası, İddia Duruşma Hüküm, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 34).*

⁹⁶ **Osmanoğlu, M. Kerem** (2010) "Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 3-4, s. 90 vd.

⁹⁷ Kanunların geriye yürümezliği ilkesi 1776 tarihli Amerikan Anayasalarında da (Virginia, Maryland) kabul edilmektedir. Bu metinlerde hukukun geçmişe yürürlüğü olarak uygulanmasının yasaklanması açık olarak öngörülmüştür. Benzer şekilde 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de ilkeyi tanımıştır (bkz. **Osmanoğlu, M. Kerem**, s.93).

bir suç nedeniyle mahkûm edilememelidir. Bu olaya bağlı olarak İngiltere’de 1640 yılında “suç ve cezaların kanuniliği ve geçmişe yürütülemeyeceği kuralı” kabul edilmiştir. Geleceğe yönelik biçimde her türlü düzenlemede bulunma yetkisine sahip Parlamento geçmişte yürürlükte olan bir ceza kanununda değişiklik yaparak, hiçbir surette geçmişe yönelik bir şekilde müdahalede bulunamaz⁹⁸.

Hukuk kuralları, toplumsal, bilimsel, teknik, sosyolojik pek çok nedene dayalı olarak değişiklik gerektirebilir. Ancak bu durumda getirilen yasal düzenlemenin değişiklik tarihine kadar ortaya çıkmış hukuki duruma etkileri değerlendirilmelidir. Bahse konu değişikliklerin geriye dönük olarak geçmişte tamamlanmış eylemler ile kazanılmış haklara uygulanması⁹⁹ belirlilik ve istikrarın yanı sıra hukuki güvenliğin de zedelenmesine sebep olur. Anayasa Mahkemesi konu hakkında verilen bir kararında¹⁰⁰, “*Hukuk devletin sağlama yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ve temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği yasaların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Bu nedenle “Kanunların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca*

⁹⁸ **Atay, Ender Ethem** (12 Mayıs 2008) “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, s.128,129.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi kazanılmış hakkı, kişinin bulunduğu statüden ortaya çıkan, tahakkuk etmiş, kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak olarak tanımlamıştır (Anayasa Mahkemesi’nin bu tanıma yer verdiği 27.02.2001 gün, 1999/43 E., 2001/46 K). Doktrinde ise kazanılmış hak “*Objektif bir hukuk kuralının kişi hakkında uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi, böylece objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi, hukuka aykırı işlemlerde ise bir süre yararlanılması sonucunda Anayasa ve yasalarca korunmaya değer hale gelmiş, elde edilmiş veya elde edilebilir durumdaki hak sahibinin bir eylemi ve iradesi ile ileri sürülmüş olan ve üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek ve onu bir şey yapmaya zorunlu kılabilme gibi aktif hak sahipliği bahşeden bir kişisel hak ve karşılanmadıkça ve boşluğu giderilmedikçe tek taraflı tasarrufla geri alınmayan hukuki olanak, güç veya yetki*” olarak tanımlanmıştır (bkz. **Tolon, Kemal Doğu** (1986) İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler III, Ankara, Danıştay Başkanlığı, s.170).

¹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 2009/39, K: 2011/68, T: 28.4.2011 (RG., 15.10.2011, S. 28085).

yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz.” ifadelerini kullanmıştır.

Geçmiş yürümezlik ilkesinin istisnası olarak, lehe olan kanunun uygulanması mümkündür¹⁰¹. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise¹⁰², failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur¹⁰³. Böylece Ceza hukuku açısından failin

¹⁰¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2003/(1)/270, K: 2003/290, T: 08.12.2003 (Lexpera İçtihat Programı).

¹⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2012/7-1404, K: 2012/1872, T: 25.12.2012 (Kazancı İçtihat Programı), “...lehe olan hükmün belirlenmesine ilişkin olarak 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 9. maddesinin 3. fıkrasında; ‘Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir’ düzenlemesi de yer almaktadır. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda; Hapis cezası öngören kanunun, adli para cezası öngören kanuna göre, Aynı nev’i ceza içeren kanunlardan; Yukarı sınırlarının aynı olması halinde, aşağı sınırı fazla olanın, aşağı sınır az olan kanuna göre, Aşağı sınırlarının aynı olması halinde, yukarı sınırı fazla olanın, yukarı sınırı az olana göre, Alt ve üst sınırlarının farklı olması halinde, üst sınırı fazla olanın, az olana göre, Aynı suçun kamu adına kovuşturulması gerektiğini kabul eden kanunun, şikâyete bağlılığı öngören kanuna göre, Aynı cezaya ilave olarak güvenlik tedbiri kabul eden kanunun diğerine göre, Aleyhe olduğu kabul görmektedir. Ancak bu genel kuralların her somut olayda, mutlak olarak aynı sonucu doğuracağını söylemek mümkün değildir. Bu ölçütler lehe yasanın tespitine ilişkin doğabilecek bütün sorunları çözmede yetersiz olsa da, kanunlarda kısmi değişikliklerin yapıldığı dönemlerde benimsenmesi gereken temel ilkeleri göstermesi bakımından önemlidir. Lehe olan kanunun tespiti açısından bu ölçütlerin çoğaltılması yönündeki görüş ve uygulamalar, öğreti ve yargısal kararlara da konu olmuş, nitekim değişen ceza mevzuatı karşısında dahi halen geçerliliğini koruyan 23.02.1938 gün ve 23-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; “Suçun işlendiği zamanın kanunu ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin farklı olması halinde, her iki kanunun birbirine karıştırılmadan, ayrı ayrı somut olaya uygulanıp, her iki kanuna göre hükmedilecek cezalar belirlendikten sonra, sonucuna göre lehte olanı uygulanmalı” şeklinde, lehe kanunun tespitinde başvurulacak yöntem ana hatlarıyla belirtilmiştir. Öğretide de söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararındaki ilkeler benimsenerek, uygulanma imkânı bulunan tüm kanunların leh ve aleyhteki hükümleri ile birlikte ayrı ayrı ele alınarak somut olaya göre sonuçlarının karşılaştırılması gerekeceği ve sonunda fail bakımından daha lehe sonuç veren kanunun belirlenip son hükmün buna göre verileceği görüşleri ileri sürülmüştür.” açıklamalarına yer verilmiştir.

¹⁰³ **Osmanoğlu**, s. 98.

lehine hükümlerin geçmişe yürüyebileceği ve sonradan çıkarılan ceza yasası önceden yürürlükte olan ceza yasasına göre failin lehine hükümler içeriyorsa sonraki yasa fail için uygulanabileceği kabul edilmiştir¹⁰⁴.

Ancak bazı durumlarda lehe kanun geçmişe dönük olarak uygulanamayacaktır¹⁰⁵. Lehe kanununun uygulanmasının istisnaları a) geçici ve

¹⁰⁴ AİHM, Fransa'ya karşı 27.11.1995 tarihli Kararında, AİHS m.7'nin yalnızca aleyhe olan ceza kanunlarının geçmişe etkili olarak uygulanmasını yasakladığını vurgulamıştır. Karar da sonradan yürürlüğe giren kanun failin lehine ise, bu kanunun geriye etkili olarak uygulanması Sözleşmenin 7/1. maddesine aykırı olmadığı belirtilmiştir (bkz. **Sade, Ümit**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans) İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 133).

¹⁰⁵ Danıştay 13. Dairesi, E: 2005/20, K: 2005/1561 (<http://idarehukuku.net/ictihat/Idari-yargidatespit-ve-yorum-davasi-.html>) "*Lehe olan kanunun uygulanması ilkesinin idare hukukunda geçerli olduğuna dair mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, hukuk kurallarındaki değişikliklerle kişilerin lehine bir durum oluşması halinde, söz konusu değişikliklerin yürürlüğe girdikten sonraki olaylara ve kişilere uygulanırken, daha önceki kurallara tabi olan kişilere uygulanmaması Hukuk Devleti ilkesine, eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine uygun olmayacağından bu ilkenin İdare Hukukunda da geçerli olduğunun ve bu bağlamda idare hukuku mevzuatındaki boşluğun ceza hukuku mevzuatındaki kurallarla ve fakat İdare Hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerektiğinin kabulü gerekmektedir.*

Bu bağlamda, Memur Hukukunun başlıca konularından olan disiplin ve göreve son müessesesi bakımından "lehe olan kanunun uygulanması" ilkesinin geçerli olduğu hususunda duraksamaya yer olmamakla birlikte, idare hukukunun niteliği gereği söz konusu ilkenin ancak işleme karşı açılan davada olağan kanun yolları aşamasının tamamlanarak kararın kesinleşmesi anına kadar uygulanabileceği, buna karşı yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü kanun yolları aşamasında söz konusu gelişmelerin dikkate alınmayacağı açıktır. Zira kesinleşme tarihinden sonraki gelişmelerin dikkate alınması idari istikrar ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Olayda, 657 sayılı Yasa'nın 48/A-5 ve 98/b maddeleri uyarınca tesis edilecek işlemlerin tamamen ceza yargılamasının sonucuna bağlı olması ve işlem tarihinde davacı hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunması nedeniyle dava konusu hukuka uygun olarak tesis edilmiş ise de, söz konusu işlemin yargısal anlamda kesinleşmesi öncesinde davacının ceza yargısındaki kesinleşen mahkûmiyet hükmünün sonradan verilen ek karar ile açıklanmasının geri bırakılması karşısında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca söz konusu mahkûmiyet hükmü davacı hakkında hukuki bir sonuç doğurmayacağından davacı lehine gerçekleşen bu gelişme dikkate alınacak ve davacının görevine son verilemeyecektir.

Buna karşılık, söz konusu göreve son verme işlemi işlem tarihindeki mevzuata uygun olarak tesis edildiğinden ve idarenin gelecekteki mevzuat değişikliklerini önceden bilmesi beklenemeyeceğinden, bu işlemin yargı mercilerince iptali ilgililere parasal ve özlük hak kayıpları bakımından herhangi bir talep hakkı vermeyecektir. Nitekim bu konudaki Danıştay 12. Dairesi kararları bu yöndedir.

Öte yandan, göreve son vermeyi gerektiren fiillerin aynı zamanda disiplin suçu oluşturması karşısında, idarelerin ceza yargılamasının sonucunu beklemezsizin ve zamanaşımı sürelerini

sürelî kanunlar, b) tekerrür, erteleme ve şartlı tahliye kurumları hariç olmak üzere infaza ilişkin hükümler ve c) usul hükümleri olarak sıralanabilir¹⁰⁶.

Yeni yürürlüğe giren kanunlar için kabul edilen geriye yürümezlik esası, idare hukuku alanında da “idari işlemlerin geriye yürümezliği” ilkesi olarak kabul görmektedir. Böylece, kazanılmış hakları, mevcut durumu korumak ve hukuki ilişkilerde istikrarı sağlamak gerekliliğinden doğan bir sosyal hayat kuralı olarak, “idari işlemlerin geriye yürümezliği” ilkesi idare hukuku alanında benimsenmiştir¹⁰⁷.

Geçmişe yürümezlik ilkesi tüm idari yaptırımlar bakımından uygulanmaktadır¹⁰⁸. Danıştay’a¹⁰⁹ göre, “*Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki işlem veya eylemin, bir hukuki ilişkinin vuku bulunduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanunun hükümlerine tabi kalmaya devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz*”.

geçirmeksizin disiplin soruşturmasını başlatmaları ve sonucuna göre işlem tesis etmeleri gerektiği, diğer bir deyişle “göreve son” ve “disiplin” müesseselerini birlikte işletmeleri gerektiği, aksi halde disiplin hukuku yönünden suç oluşturmaya karşılık göreve son verme şartları oluşmayan kişilerin işledikleri disiplin suçlarının cezasız kalması ve idarenin iç disiplinin bozulması durumunun ortaya çıkacağı tartışmalıdır.”

¹⁰⁶ <http://www.hukukibilgiler.com/ceza-hukuku/ceza-yasalarinin-gecmise-yurumemesi.html>

¹⁰⁷ **Duran, Lütfi** (1964) İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.403.

¹⁰⁸ Uygulamada alt ve üst sınırları kanunla düzenlenmiş ve bu sınırlar arasında verilecek ceza için idareye yaptırım hakkı tanınmış ise idarenin bu hakkı nasıl kullanacağını göstermek üzere vazolunan idari düzenlemelerin geriye yürümezlik ilkesini ihlâl etmeyeceği savunulmaktadır (bkz. **Ulusoy, Ali** (2013), 1. Baskı, İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayınları, Ankara s. 67. Yazar konuya ilişkin Rekabet Kurulu Yönetmeliğine değinerek Rekabet Kurulunun yetkisi dahilindeki cezai hükümlerin nasıl uygulanacağı konusundaki Yönetmeliği devam eden soruşturmalar bakımından da uyguladığını belirtmiştir). İşbu düzenlemelerin Kanunla verilmiş bulunan yetkinin kullanımına ilişkin olması nedeniyle, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenmiş olmak kaydıyla, fillere bu cezanın uygulama yöntemine ilişkin olarak getirilen idari düzenlemelerin geriye yürümezlik ilkesini ihlâl etmediği kanaatindeyiz. Ayrıca bu düzenlemeler daha ziyade usul hukukuna ilişkindir kanısındayız.

¹⁰⁹ DİBKK, E: 1988/5, K: 1989/3, T: 03.07.1989 (RG, 27.11.1989, S. 20325).

Geçmişe yürümezlik ilkesine ilişkin olarak 657 sayılı Kanunda disiplin mevzuatında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak uygulamada ve doktrinde¹¹⁰, disiplin suç ve cezalan açısından bu ilkenin geçerli olduğu kabul edilmektedir.

Danıştay tarafından verilen bir kararda¹¹¹, "*Meydana geldiği tarihte hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması nedeniyle disiplin cezası uygulanmasına olanak bulunmayan eylemleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi tutmak hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz*" hükmüne varılmıştır. Yine disiplin hukuku açısından lehe hüküm uygulaması da geçerlidir¹¹².

4. Kamu Personeline Ceza ve Disiplin Hukuku İlkelerinin Yer Bakımından Uygulanması

Yargı yetkisi, dar anlamda "mahkemelerde yargılama yapmak" anlamındayken, uzun bir dönem "devletin hüküm ve tasarrufları" anlamında da kullanılmıştır. Bu niteleme bir anlamıyla geçerliliğini korumaktadır zira

¹¹⁰ Gözler, s.752.

¹¹¹ Danıştay, 10. Dairesi, E: 1984/958, K: 1984/1262, T: 12.06.1984 (Yayınlanmamış Karar).

¹¹² Dan. 12. D. tarafından verilen bir kararda "*Davacının 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemin iptali istemiyle açılan davanın yargı sürecinin devam ettiği temyiz aşamasında, davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dayanak alınan 657 Sayılı Kanununun 125/C maddesinin (g) bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla davacı lehine bir düzenleme yapılarak ortaya çıkan yeni hukuki durum karşısında; bir ceza kanunu müessesesi olan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin memur disiplin hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği hususu göz önüne alındığında, artık davacının disiplin hukuku anlamında konusu suç olan bir fiilin varlığından söz edilemez. Bu itibarla, söz konusu ilkenin dava konusu olayla birlikte değerlendirilmesinden, davacının 657 sayılı Kanununun 125/C maddesinin yürürlükten kaldırılarak suç olmaktan çıkarılan (g) bendi uyarınca aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemin lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesi uyarınca hukuka uyumlu bulunmadığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir*" ifadelerine yer verilmiştir (DD, Y: 2012, S: 131, s. 234).

yargı yetkisini kullanmak, hüküm vermek, cezalandırmak ve cezayı infaz etmek devlet egemenliğinin bir ifadesidir¹¹³.

Mülkîlik ilkesi, ceza hukuku anlamında yargılamanın suçun işlendiği yerde yapılması gerektiği fikrine dayanır. Buna göre, ister vatandaş ister yabancı tarafından işlenmiş olsun, devletin ülkesinde işlenen bütün suçları takip etmek yetkisi o devlete aittir¹¹⁴. Mülkîlik ilkesi, hem bir ülkenin ceza kanununun hangi sınırlar içinde uygulayabileceğini göstermekte hem de ceza kanununun geçerli olduğu bu sınırlar içinde fail veya mağdurun uyruğuna bakılmaksızın ilgili ceza kanununun tatbik edilebilirliğini sağlamaktadır¹¹⁵.

Elbette mülkîlik ilkesi doğası gereği disiplin hukuku açısından da geçerlidir. Yurt dışında sürekli görev yapan personelin disiplin işlemlerinin Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmeliğin 24. maddesi gereğince 17/9/1982 tarihli ve 8/5336 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğe tabidir.

Mülkîlik ilkesi ceza hukukunda ne bis in idem ilkesi ile birlikte değerlendirilerek aynı konu hakkında faile birden fazla ceza verilmesi tehlikesi tartışılmıştır¹¹⁶. Ancak disiplin cezası açısından disiplin cezasının ancak memurun bağlı bulunduğu kurum tarafından verilebilmesine imkân tanındığından ne bis in idem ilkesinin ihlâli fiilen mümkün olmayacaktır. Burada esas sorun fiilin birden çok yerde işlenmesi ya da memurun geçici

¹¹³ **Aydın, Devrim** (2011) “Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 94, s. 132.

¹¹⁴ **Aydın**, s. 133.

¹¹⁵ TCK'nın 'Yer bakımından uygulama' başlıklı 8. Maddesinde, “(1) Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır. (2) Suç; a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır.” denilerek mülkîlik ilkesi gereği Ceza Kanununun uygulanabileceği sınır belirlenmiştir.

¹¹⁶ **Özen, Mustafa** (2010) “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 1, s. 397 vd.

görevlendirme ile farklı kurumlarda görevlendirilmiş olması yahut fiili işledikten sonra ve disiplin cezası almadan önce farklı kurumlarda çalışması halinde ortaya çıkmaktadır. Uygulamada benzer sorunlarla karşılaşıldığında soruşturmacılar, disiplin amirleri ve nihayet yargı mensuplarınca bir kısım çözüm önerileri getirilmekte ise de hem yeknesaklık açısından hem de tereddüt yaratmamak adına konuya ilişkin yasal düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Anayasal bir ilke olan şahsilik ilkesi ceza hukuku anlamında bu ilke, nerede suç işlemiş olursa olsun, ceza kanunların vatandaşlara uygulanacağı anlayışına dayanmak olup fail ister kendi ülkesinde ister yabancı bir ülkede bulunsun, vatandaşı olduğu devletin ceza kanununa tabidir¹¹⁷.

Disiplin hukuku açısından şahsilik ilkesinin geçerliliği kabul edilmektedir. Ancak elbette failin 657 sayılı Kanun kapsamına giren bir memur olması gerekeceği izahtan varestedir¹¹⁸. Ayrıca ceza hukukunda ölen kişilerin cezai sorumluluğunun ve hakkındaki ceza davasının ortadan kalkması kuralı da disiplin hukuku açısından geçerlidir¹¹⁹.

Konu kimi zaman isim benzerliği dolayısıyla ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile karıştırılabilmektedir. Bu nedenle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini incelemekte yarar görmekteyiz.

Çağdaş ceza hukukunda herkesin kendi fiilinden sorumlu olacağı kabul edilmektedir¹²⁰. Nitekim bu husus Anayasanın 38. maddesinde güvence altına alınmış ve ceza sorumluluğunun şahsi olduğu vurgulanmıştır¹²¹. Bu durumda ceza sadece faili üzerinde etkilidir. Bu ilke, suçun karşılığı uygulanacak yaptırımın sadece suçu işleyeni etkilemesinin yanında işlenen suç ile orantılı

¹¹⁷ **Aygün Eşitli**, s. 242.

¹¹⁸ **Atay**, s. 757.

¹¹⁹ **Teke, Tekin** (2010) Danıştay Kararları Işığında Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezası, Dönem Projesi (Todaie), Ankara, s. 57.

¹²⁰ TCK'nın 20. maddesinde; '*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*' şeklinde ifade olunmuştur.

¹²¹ Elbette failin yakınları doğrudan doğruya cezaya maruz kalmamakla beraber, verilen cezadan dolaylı olarak etkilenebileceklerdir. Örneğin fail hakkında para cezasına hükmolunması halinde ödenen para cezası ailenin gelirinin azalması demektir (**Soyaslan**, s. 530).

olması ilkesini de ihlâl etmemeyi gerektirir. Şahsilik ilkesi idari yaptırımlar alanında da uygulanmaktadır. Bazı görüş taraftarları ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin idari yaptırımlar açısından esnek olduğu kanaatindedirler ve buna ilişkin olarak Danıştay'ın bir kararında, bir otel hakkında verilen kapatma kararının otel sahibinin değişmesinden etkilenmeyeceğini karara bağlamış olmasını göstermektedirler¹²². Ancak karar numarası verilmediği için inceleme yapılamamakla beraber kanaatimizce burada müteselsil sorumluluğun bulunduğu bir alan söz konusudur. Danıştay¹²³ bir başka kararında, cezaların şahsiliği ilkesi şu şekilde tanımlanmıştır: “...Anayasanın 38. maddesinde cezaların (ve suçların) şahsi olacağı hüküm altına alınmıştır. Cezaların ve suçların şahsiliği ilkesi herkesin kendi fiilinden sorumlu olması, cezanın yalnız suç işleyenlerle iştirak edenlere verilmesi, suça katkısı olmayanlara ceza sorumluluğu yöneltilmemesidir. Bir diğer ifade ile cezanın ve suçun şahsileştirilmesini ve hangi fiilin kim tarafından işlendiğinin bilinmesi ve sorumluluğun belirginleşmesini zorunlu kılmaktadır. Aksine bir durum savunma hakkını kısıtlayacağı gibi sağlıklı yargılama yapılmasına da engel olacaktır.” demektedir. Danıştay kararında da görüleceği üzere, anayasal bir prensip olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi disiplin hukuku açısından da geçerlidir.

SONUÇ

Kamu görevi yürüten ve kamu gücünü elinde bulunduran memurların meslek disiplinini bozan eylemleri konusunda birtakım tedbirler alındığı görülmektedir. Ancak disiplin cezası uygulaması açısından ceza hukuku ve ceza muhakemeleri hukuku genel ilkelerinin uygulanıp uygulanamayacağı önemli bir sorundur. Doktrinde söz konusu genel ilkelerin disiplin hukukunda uygulanabilirliği tartışılmış ve bir kısım görüş her iki dalın çok farklı amaçları olması hasebiyle asla bu ilkelerin disiplin hukukunda geçerliliğinden söz edilemeyeceğini savunmuştur. Buna karşın bir kısım görüş ceza kavramının geçtiği tüm hukuk dalları için ceza hukuku ve ceza muhakemeleri hukuku genel

¹²² Başa, Şafak “Ceza Yargılaması İlkeleri ve Disiplin Hukuku” <http://www.academia.edu/6382948/>, s.e.t. 12.01.2021.

¹²³ Danıştay 12. Dairesi, E: 2007/5337, K: 2008/722, T: 11.2.2008.

ilkelerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Kanaatimizce işbu genel ilkelerin disiplin hukuku açısından geçerli olduğu söylenebilecektir. Ancak disiplin hukuku ve ceza hukuku gerçekten de birbirlerinden farklı amaçlara hizmet etmekte olduğundan bu ilkeler ancak disiplin hukukunun bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanabilecektir. Örneğin 657 sayılı Kanunu'nun 125. maddesinde "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesi gereken fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir," hükmü kanunilik ilkesinin ceza hukukunda olduğu kadar katı biçimde uygulanmayacağını göstermektedir. Buna karşın uygulamada bu hükmün genişletilerek kullanıldığı görülmektedir. Kanundaki hükmün amacı, idarenin işleyişini ve disiplini bozan memurun bu davranışını tekrar etmesini önlemek ve disiplini yeniden tesis etmek olarak açıklanabilir. Ne var ki uygulamada bu amacın memur üzerinde baskı kurmak gayesiyle kullanılabilirdiği görülmektedir. Bu noktada kanunilik ilkesinin idare hukuku açısından ve disiplin hukuku bağlamında ceza hukukunda olduğu kadar sert çizgilerle değilse bile en azından yargısal anlamda denetlenebilir, adalet duygusunu rencide etmeyecek ve en önemlisi yönetilenlerin idareye güvenini sarsmayacak biçimde uygulanması önem arz etmektedir.

Öte yandan 1982 Anayasasının 128. maddesinin 2. fıkrası; '*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*' hükmünü amirdir. Disiplin işlemlerinin özlük içinde sayılacağı izahtan varestedir. Ancak, kanunilik ve tamamlayıcı ilkesi olan belirlilik ilkesi disiplin hukukunun bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanmalıdır. Ancak disiplin hukukunda kıyasın geçerli olduğu da kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Adal, Hasan Şükrü** (1968) Kamu Personel İdaresi, İstanbul Ahmet Sait Matbaası.
- Akbulut, Emre** (2013) Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Akgüner, Tayfun/ Berk, Kahraman** (2017) İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.
- Akyılmaz, Bahtiyar** (Haziran-Aralık 2002) “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: 6, S: 1-2, s. 240-258.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil** (2018) Türk İdare Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları.
- Alacakaptan, Uğur** (1958) İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Ancel, Marc** (1974) “Klasik Hukukta ve Toplumsal Korunma Doktrininde Ceza Anlayışı” (Çeviren: Hasan İsmet Bıyıklı), Ankara Barosu Dergisi, S: 5, s. 895-900.
- Antolisei, Francesco** (1980) Manuale di Diritto Penale, PG., 1st edn., Milano, A. Giuffrès.
- Arslan, Zehreddin** (2000) 657 sayılı Kanuna Göre Disiplin Suç ve Cezaları, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet /Yenidünya, A. Caner** (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Aslan, Zehreddin** (2001) Disiplin Suç ve Cezaları, 1. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınları.
- Aslan, Zehreddin** (2004) “Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları”, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, 4-5 Nisan 2003, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:1599, Hukuk Fakültesi Yayınları No:8, Eskişehir, s. 13-29.

- Atay, Ender Ethem** (2018) İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Atay, Ender Ethem** (12 Mayıs 2008) “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Uyarınca Yürütme Yargı Ayrılığı ve İdari Yargı Denetiminin Niteliği”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 77, s.123-148.
- Aydın, Devrim** (2011) “Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 94, s.131-148.
- Aygün Eşitli, Ezgi** (2013) “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 104, s. 225-246.
- Azrak, Ali Ülkü** (2004) “Hukuk Devleti Açısından Memurların Mesleki Güvenceleri”, Kamu Personeli Sorunları, İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, No:1599, Eskişehir, Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 8, s.1-12.
- Başa, Şafak** “Ceza Yargılaması İlkeleri ve Disiplin Hukuku”, http://www.academia.edu/6382948/_s.e.t.12.01.2021.
- Beccaria, Cesare** (1764) On Crimes and Punishments (Dei delitti e delle pene) (Çeviren: Selçuk, Sami (2010) Suçlar ve Cezalar Hakkında, 2. Baskı, Ankara, İmge.
- Bettiol, Giuseppe** (1978) Diritto penale, 2nd edn., Cedam, Padova.
- Boz, Selman Sacit** (2017) “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 2, s. 15-41.
- Bozkurt, H., Argun/Bozkurt, Asuman** (1989) “Hileli İflas Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 5, s. 696-698.
- Bucaktepe, Adil** (2015) “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 2, 199-224.
- Can, Osman** (2005) “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 1-2, s. 89-125.
- Cem, Cemil** (1969) “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, Ankara Barosu Dergisi, S: 5, s.821-834.

- Centel, Nur** (2002) Türk Ceza Hukukuna Giriş, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Cherif, M., Bassiouni** (1999), Crimes Against Humanity In International Criminal Law, 2nd edn, Kluwer Law International.
- Çağlayan, Ramazan** (2017) İdare Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınları.
- Çal, Sedat** (2015) Kamu Hukukçuları Platformu'nun 8-9 Kasım (2013 tarihlerinde Ankara'da düzenlediği Hukuk Güvenliği konulu toplantıda yapılan sunum) Hukuk Güvenliği (Haz. Ece Göztepe), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 277, Ankara, s. 248-257.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1973) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II, 5. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1408, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti., İstanbul.
- Duran, Lütfi** (1964) İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- Durmuş, A. Alper** (2014) Memur Disiplin Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Esendemir, Ferit Deniz** (2018) Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik Teşkilatlarında Meslekten Çıkarma Disiplin Cezası, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Evren, Çınar Can** (2011) “Kabahatlerde Kanunilik İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S: L-2, s. 67-1001.
- Gölcüklü, Feyyaz** (1963) “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 18, s. 115-182.
- Günerbüyük, Uygur** (2011) “İdari İşleme Suç ve Ceza Konulup Konulmayacağı ile Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarama Eğilimi Bağlamında Kanunilik İlkesi”, (Mahmutoğlu, Fatih Selami), Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, I. Kitap, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.

- Hakeri, Hakan** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- İçel, Kayıhan** (2004) “Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.I, Hukuk Devleti, s. 60-94.
- Jourda-Dardaud, Anne** (2005) La procédure disciplinaire dans la fonction publique, Fautes-Sanction-Recours, Edition du Payrus, Paris.
- Karagülmez, Ali** (2004) “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Kanunlarla İlişki Konusundaki Düzenlemenin (5. Maddenin) İncelenmesi” Ankara Barosu Dergisi, S: 4, s. 89-104.
- Kaya, Cemil** (Haziran 2005) “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına Hâkim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C: 38, S: 2, s. 63-64.
- Kaya, Cemil** (Haziran 2005) “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına Hâkim Olan Temel İlkeler”, Amme İdaresi Dergisi, C: 38, S: 2, s. 61-87.
- Keçelioğlu, Elvan** (Ekim 2012) “Ceza Hukukunda İctihadın Sınırı, Yorum ve Kıyas”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y: 3, S: 11, s.77-100.
- Livanelioğlu, Ömer Asım** (1997) Memur Disiplin Hukuku, Ankara, Asil Yayıncılık.
- Maggiore, Giuseppe** (1973), Principi di Diritto Penale, Parte Generale, Vol. 1, Bologna.
- Noyan, Erdal** (2006) Ceza Davası, İddia Duruşma Hüküm, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Osmanoğlu, M. Kerem** (2010) “Ceza Hukukunda Geriye Yürüme Yasağı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 3-4, s. 89-116.
- Otacı, Cengiz/ Keskin, İbrahim** (2010) Türk Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Örücü, Esin** (1966) “Disiplin Cezaları ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 32, S: 2-4, s.782-823.

- Özen, Mustafa** (2010) “Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 1, s.389-417.
- Özgenç, İzzet** (2006) Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Baskı, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayınları.
- Özgenç, İzzet** (2018) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer** (2017) Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Pazarıcı, Şevki** (1992) “Belediyelerde Disiplin Suç ve Cezaları”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C: 1, S: 4, s. 35-40.
- Pınar, İbrahim** (1999) Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Pirler, Orhan** (1980) Açıklamalı ve Uygulamalı Devlet Memurları Kanunu, 1. Baskı, Er-Tu Matbaası.
- Sade, Ümit**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans) İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sağlam, Mehmet** (2005) “Personel Hukukuna İlişkin Anayasal ilkeler ve Anayasa Mahkemesi’nin Uygulaması”, Danıştay Dergisi, S: 109, s. 51-73.
- Saygın, Engin** (Haziran 2018) “Güncel Gelişmeler Işığında Yükseköğretim Kamu Görevlilerinin Disiplin Suç ve Cezalarının Değerlendirilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 1, s. 79-106.
- Soyaslan, Doğan** (1986) “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kıyas”, Adalet Dergisi, C: 1-3, S: 2, s.948-964.
- Soyaslan, Doğan** (1990) Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, Kazancı Kitap Ticaret AŞ.
- Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet** (2010) Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Şen, Ersan** (2006) Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık.

- Taner, Fahri Gökçen** (2009) “TCK’nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 83, s. 137-154.
- Teke, Tekin** (2010) Danıştay Kararları Işığında Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezası, Dönem Projesi (TODAİE), Ankara.
- Tepe, İlker** (2014) “Kant’ta Ceza Hukuku ve Hukuk Devletinde Ceza” (Prof. Dr. Joachim Hruschka/ Prof. Dr. Sharon Byrd) – 3: KANUNSUZ CEZA OLMAZ! http://epetrekli.blogspot.com/2014/02/kantta-ceza-hukuku-ve-hukuk-devletinde_9.html s.e.t 09.02.2014.
- Tolon, Kemal Doğu** (1986) İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, Ankara, Danıştay Başkanlığı.
- Tortop, Nuri** (1989) Personel Yönetimi, 1. Baskı, Ankara, İlksan Matbaası.
- Tutum, Cahit** (1979) Personel Yönetimi, Ankara, TODAİE Yayını.
- Uğur, Hüsamettin** (2010) “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 91, s.300-334.
- Yıldırım, Turan** (2001) “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, Anayasa Yargısı, S: 18, s. 438-450.
- Yıldırım, Turan** (2017) İdare Hukuku (Yıldırım Turan), 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- Yüce, Turhan Tufan** (1994) “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili”, Danıştay Dergisi, S: 88, s. 5-13.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım** (2012) İdare Hukuku C. 1, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

SAĞLIK KAMU HİZMETİNİN DAYANAĞI OLAN VE SAĞLIK HAKKINI GÜVENCE ALTINA ALAN DÜZENLEMELER İLE İLKELER*

Arş. Gör. Simge DEMİR BAYRAM**

ÖZET

Temel insan haklarından biri olan sağlık hakkı sağlıklı bireylerin var olması için çeşitli yöntemlerle korunmaktadır. Bu yöntemler aynı zamanda temel kamu hizmetlerinden biri olan sağlık hizmetinin de dayanağını oluşturmaktadır. Söz konusu yöntemlerin başında uluslararası sözleşmeler, bildirgeler, anayasalar, kanunlar, KHKlar, nizamnameler, yönetmelikler ve ilkeler gelmektedir.

Geçmişten günümüze uluslararası alandaki sözleşmeler ve bildirgeler aracılığıyla sağlık hakkının korunmasına ve sağlık hizmetinin dayanağının oluşturulmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler aracılığıyla sağlık hizmetinin hukuki temelleri oluşturularak, bireylerin sağlık hakkından yararlanması imkânı yaratılmış ve böylece sağlık hakkın korunması ve geliştirilmesi sağlanmıştır.

Uluslararası alanın yanı sıra, sağlık hakkı ve sağlık hizmeti, ulusal alanda da hukuk düzeninde anayasa, kanun, KHK, CBK, nizamname ve yönetmelik gibi tali düzenlemeler aracılığıyla da düzenlenme imkânı bulmuştur.

Yapılan düzenlemelerin yanı sıra, ilkeler aracılığıyla da sağlık hizmeti dayanağa kavuşmuş ve sağlık hakkı güvenceye sahip olmuştur. Söz konusu ilkeler ile sağlık hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesi sağlanarak, bireylerin sağlık hakkını kullanmalarına olanak yaratılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Sağlık Kamu Hizmeti, Uluslararası Sözleşmeler, Bildirgeler, Ulusal Mevzuat, İlkeler

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.899214 – Geliş Tarihi: 18.03.2021 - Kabul Tarihi: 28.06.2021.

** Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, simge.demir@yasar.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9425-4148.

REGULATIONS AND PRINCIPLES WHICH ARE THE BASIS OF THE HEALTH PUBLIC SERVICE AND PROTECTING THE RIGHT TO HEALTH

ABSTRACT

The right to health, which is one of the most fundamental human rights, is protected by various methods for the existence of healthy individuals. These methods also constitute the basis of health service which is one of the fundamental public services. International conventions, declarations, constitutions, laws, decree-laws, bylaws, regulations, and principles come first among mentioned methods.

From past to present, arrangements have been made to protect the right to health and to establish the basis of health services through the agreements and declarations in the international arena. Through these regulations, the legal foundations of health service have been established, the opportunity for individuals to benefit from their right to health has been created, and thus, the protection and development of the right to health has been ensured.

In addition to the international arena, the right to health and health service have also found the opportunity to be regulated in the national arena through secondary regulations such as constitution, law, decree-law, presidential decree, bylaw and regulation.

Health service has gained a basis and the right to health has been assured through the principles, in addition to the regulations made. In this way, it has been created an opportunity for individuals to use their right to health by ensuring that health service is carried out duly.

Keywords: The Right to Health, Health Public Service, International Conventions, Declarations, National Legislation, Principles.

GİRİŞ

Sağlıklı bir toplum yaratmak için toplumun en küçük yapıtaşı olan bireyin de sağlıklı bir yaşam sürdürmesi şarttır. Bireyin sağlıklı bir yaşam sürdürebilmesi için ise sağlık hakkının korunması gerekliliğinin yanı sıra, sağlık hakkının gereğinin yerine getirilmesi amacıyla bizzat idare tarafından kamu görevlisi hekimlerce yahut idarenin gözetimi ve denetimi altında özel hukuk kişilerince sunulan sağlık hizmetinin hukuki dayanağının olması ve bu dayanak doğrultusunda sağlık hizmetinin sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle sağlık hakkının nasıl koruma altına alındığı ve idarenin faaliyetlerinin arasında yer alan temel kamu hizmetlerinden sağlık hizmetinin dayanağının neler olduğu oldukça önemlidir.

Tarihsel süreç içerisinde sağlık hakkının ve sağlık hizmetinin gelişiminin, uluslar arası ve ulusal anlamda ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır. İlk olarak uluslar arası alanda, başta AİHS olmak üzere birçok uluslar arası sözleşmenin sağlık hakkını korumak amacıyla maddeler içerdiği çalışmamızda açıklanacaktır. Bu sözleşmelerin yanı sıra, günümüzde üçüncü dünya ülkeleri olarak anılsa da çalışmamızda inceleneceği üzere bu düzeydeki ülkelerin dahi sağlık hakkını korumak ve sağlık hizmetinin hukuki temellerini oluşturmak için çaba harcadığı ve bildirgeler ile bu çabalarını resmileştirdiği görülecektir.

İkinci olarak ulusal alanda sağlık hakkı ve sağlık hizmetinin hangi anayasalarda yer aldığı, hangi anayasalarda sağlık hakkının yaşama hakkı ile birlikte ele alındığı, hangi anayasalarda başlı başına bir hak olarak düzenlendiği konularına açıklık getirilecektir. Anayasalarımızın dışında kanunlarda, KHKlarda, CBKlarda, nizamnamelerde, yönetmeliklerde nasıl düzenlendiği, bu konulardaki eleştiriler, görüşler ve bu düzenlemelerin etkileri çalışmamıza konu edilecektir.

Son olarak hangi ilkelerin sağlık hakkı ve sağlık hizmeti ile ilişkisi olduğu ve bu ilişkinin nasıl olduğu, ilkelerin içerikleri, ilgili düzenlemelerde nasıl açıklandığı ve bu ilkelerin hukuken koruma sağlama ve dayanak oluşturmadaki rolü her ilke tek tek mercek altına alınarak incelenecektir.

I. Sağlık Hakkını Koruyan ve Sağlık Hizmetinin Dayanağı Olan Başlıca Mevzuat

Çağımızda insan hakları ile temel hak ve özgürlüklerin ayırım yapılmaksızın tüm insanlara eşit bir şekilde uygulanması, bu hakların korunması ve geliştirilmesi bir ortak amaç olmanın dışında çağdaş dünyadaki demokratik ülkeler için de bir zorunluluk durumundadır¹. Bu amacın gerçekleştirilmesi adına uluslararası kuruluşlar birçok uluslararası belge hazırlayıp uygulamaya geçirmiş ve amaçlarına ilişkin denetimi de sağlamıştır².

Birleşmiş Milletler Teşkilatı ve Avrupa Konseyi'nin aralarında bulunduğu uluslararası kuruluşlara ve bu kuruluşlarca hazırlanan uluslararası belgelere de taraf olan Türkiye, insan haklarının korunması adına çeşitli yükümlülükler üstlenmiştir. Türkiye, aynı zamanda denetim mekanizmalarının uygulanmasını kabul ederek, taraf olduğu uluslararası antlaşma ve sözleşmeleri mevzuatının da bir parçası haline getirmiştir. Türkiye'de bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve Anayasamızda belirtilen temel hak ve özgürlüklerin de korunup, daha ileri bir seviyeye taşınması amacıyla pek çok yasal ve idari düzenlemeler yapılmıştır³.

Türkiye'de, insan haklarının ve temel hak ve özgürlüklerin korunması adına Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde birçok yenilik getirilmiş, iç hukukumuzun uluslararası belgelere uyum sağlamasına ilişkin yasal ve kurumsal düzenlemeler yapılmıştır; ancak bu düzenlemelerin yapılmasının yeterli olmadığını, uygulanmasının da yapılması kadar önemli ve gerekli olduğunu belirtmemiz gerekmektedir⁴.

¹ T.C. Başbakanlık Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü, 1999/39 Nolu Genelge, Sa. B.02.0.PPG.0.12-320-08689, Y.T.25.06.1999, s. 103; T.C. Başbakanlık Personel ve Prensipier Genel Müdürlüğü, 1997/73 Nolu Genelge, Sa. B.02.0.PRG.0.12-383-27961, Y.T.03.12.1997, s. 1.

² 1999/39 Nolu Genelge, s. 103; 1997/73 Nolu Genelge, s. 1.

³ 1997/73 Nolu Genelge, s. 1.

⁴ T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, 158 Nolu Genelge, Sa. 19120602-010-06-02-0114-2015-403, Y.T.20.02.2015, s. 1.

A. Uluslararası Mevzuat

Sağlık hakkının uluslararası hukukta belirgin bir kategori haline gelmesi, II. Dünya Savaşı sonrasında insan hakları kavramının yerleşmesi ile söz konusu olur⁵. Uluslararası mevzuatın başında ise 1978 yılından günümüze kadar çıkarılan uluslararası sağlık bildirgeleri gelmektedir. Kronolojik olarak incelemek gerekirse:

1. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası/Anatüzüğü

1946'da Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'nün kurulması ile çıkarılan DSÖ Anayasası, DSÖ'ye üye devletlerdeki tüm milletlerin mutluluğu ile güvenliğini düzenleyen hükümler içermektedir. Anayasa'da sağlık, hasta veya sakat olmama, fiziksel, sosyal ve ruhsal açıdan iyi olma şeklinde tanımlanmıştır. Sağlık hakkına ayırım gözetilmeksizin tüm insanların erişebilmesi, sağlık hizmetinin en yüksek kalitede olması gerektiği belirtilmiştir. Anayasa'da tüm milletlerin sağlığının önemli olduğu ve bunun için devletlerin işbirliğinin gerektiği, bir devlette sağlığın korunmasına ilişkin elde edilen gelişmenin tüm devletleri etkileyeceği, bir devlette bulaşıcı hastalıklarla ilgili bir gelişme olması durumunda tüm devletlerin tehlikede olacağı, çocuğun sağlıklı gelişmesinin önemi, sağlığa tam anlamıyla ulaşılabilmesi için bilgilerin tüm milletlere verilmesi gerektiği, sağlığın geliştirilmesi adına halkın aydınlatılması gerektiği, hükümetlerin sağlığın korunması ve geliştirilmesi açısından sorumlu olduğu konuları hüküm altına alınmıştır⁶.

2. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi

1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, sağlık hakkına ilişkin hükümler içermektedir. 25. Maddesinde, sağlık hakkı ayrı bir hak olarak sayılmamış, hazırlık evresinde sağlık hakkı temelinde düzenlenen madde son halinde “yeterli bir yaşam

⁵ **Temiz, Özgür** (2014) “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı” Ankara Üniversitesi SBF, C. 69, Sa. 1, ss. 165-188, s. 166.

⁶ **Demir, Mehmet** (2006) Sağlık ve Tıp Hukuku Mevzuatı ve Uluslararası Kaynaklar, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 1347; **Temiz, Özgür** (2013) “Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık” (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 71-72; **Temiz** (2014), s.167.

standardının olması için gereken bileşenlerden biri” şeklinde açıklanmıştır⁷. Son hali ile de bu madde, sağlık hakkı için önem teşkil eden bir özellik göstermektedir. Kaldı ki DSÖ’nün sağlık hakkına dair açıkladığımız hükmü ile birlikte ele alındığında bu maddenin sağlık hakkının temel insan haklarından biri olarak nitelendirilmesindeki etkisi göz ardı edilememektedir. Yayınlandığı dönemde hukuken bağlayıcı olmasa da geçen süre içerisinde fiili bağlayıcılık kazanan Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, modern insan hakları hukukunun kurucu belgesi niteliğini kazanması⁸ nedeniyle de önem taşımaktadır.

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin 25. maddesinde sağlığın yanında, beslenme, giyim, konut gibi diğer haklar da düzenlenerek aralarındaki bağ hukuken belirlenmiş, insan haklarının bir bütün olduğunun altı çizilerek sağlık hakkının da diğer haklarla birlikte yorumlanmasına ışık tutulmuştur⁹. Zira öğretilerde Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’ni kamu sağlığı açısından da etkili gören görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe göre amacı insanların sağlıklı olacağı şartları sağlamak olduğu için Bildirge, kamu sağlığının etkilerini de ortaya koymaktadır. Bu amaç, aynı zamanda kamu sağlığının da amacıdır¹⁰.

3. Avrupa Sosyal Şartı: Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi

Avrupa Konseyi’ne üye devletler, 1950’de Roma’da İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi’ni imzalamalarının ardından, Paris’te 1952’de ek protokol¹¹, 1961’de Torino’da bir ek protokol daha imzalamışlardır. 1996’da ise söz konusu Sözleşme’yi revize etmişlerdir¹².

⁷ **Döner, Ayhan** (2003) İnsan Haklarının Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 35 vd..

⁸ **Gemalmaz, Mehmet Semih** (2011) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s. 3-20; **Ertan, İzzet Mert** (2012) Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s. 18-19.

⁹ **Temiz** (2013), s.72-73.

¹⁰ **Annas, George J.** (2005) Human Rights and Helath: The Universal Declaration of Human Rights at 50, Perspectives on Health and Human Rights, New York-London, Routledge, s. 68.

¹¹ **Demir** (2006), s. 1410.

¹² **TBMM**, Avrupa Sosyal Şartı (Değiştirilmiş Şekli), <<https://www.tbmm.gov.tr/komision/kefe/docs/sosyalsart.pdf>>, s.e.t.17.02.2020.

Sözleşme “ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyi”ni belirlemesi nedeniyle DSÖ Anayasası tarafından benimsenen sistematığı izleyen ilk belge özelliği taşımaktadır¹³. Sözleşme ile üye devletler, halklarına belgedeki kişi hakları ile siyasal hak ve özgürlükleri sağlamayı görev edinmiştir. Sözleşme’de hiçbir ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal düşünce farkı gözetilmeksizin sosyal haklardan herkesin yararlanabilmesi için hükümler getirilmiştir. Kentlerde ve kırsalda yaşayan kişilerin yaşam kalitesini ve sosyal refahını artırmak amacıyla düzenlemeler yapılmıştır. Güvenli ve sağlıklı koşullarda çalışma, sağlığın korunması, sosyal güvenlik, sağlık ve sosyal yardım, sosyal ve refah hizmetlerinden yararlanma, bedensel ya da zihinsel özürlülerin mesleki eğitimi, mesleğe ve topluma yeniden uyum sağlama gibi haklar Sözleşme’de yer almaktadır¹⁴.

Türkiye Cumhuriyeti de 1996’da bazı maddelere çekince koyarak Sözleşme’yi imzalamıştır¹⁵. Çekince koyulan maddelerin Türkiye’yi bağlayıcılığı bulunmamaktadır¹⁶.

4. Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi¹⁷, medeni ve siyasal haklar ile sosyal ve kültürel hakları bir arada düzenlemektedir. Bu Bildirge, 1966’da iki ayrı sözleşmeye dönüşmüştür¹⁸. İlk kuşak hakları içeren 1976’da yürürlüğe giren, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’dir. Sözleşme’nin 12. maddesi, sözleşmeye taraf olan devletlerin herkese, ulaşılabilir en yüksek seviyede bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkını tanıyacağını ve devletin bu konuya ilişkin alması gereken önlemlerini içermektedir¹⁹.

¹³ **Temiz** (2013), s. 79.

¹⁴ **Demir** (2006), s. 1410-1425; **Temiz** (2013), s.80-81.

¹⁵ **Çelik, Aziz** (2005) “Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye’nin Çekinceleri”, Türk-İş, Sa.366, ss. 91-99, s. 98; **Erdoğan, Gülnur** (2008) “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı” Türkiye Barolar Birliği, Sa. 77, s. 125.

¹⁶ **Erdoğan** (2008), s. 130.

¹⁷ **Döner**, s. 49 vd.

¹⁸ **Temiz** (2013), s. 73.

¹⁹ **Gemalmaz**, s. 21-50; **Ertan**, s. 20-21.

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile sağlık hakkı, ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkı olarak tanımlanmış ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ndeki yaşama standardının bileşeni konumundan uzaklaşarak ayrı bir hak şeklinde düzenlenmiştir²⁰.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin 1985 tarihli ve 1985/7 sayılı kararıyla kurulmuş olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 2006 yılı itibarıyla 18 adet genel yorumu sözleşmeye taraf devletlerin bilgisine sunmuştur²¹. He ne kadar yorum adı altında olsa da bu metinler de uygulanma gereklilikleri yahut uygulamayı yönlendirme kabiliyetleri vardır. Özellikle 2000 yılında 22. oturumda sunulan 14 sayılı genel yorumda²² DSÖ'nün tanımlarını temel alan şekilde sağlık hakkının tanımı²³, boyutları²⁴, devletin sağlık hakkına dair üçlü ödevleri²⁵ gibi sağlık hizmeti ve sağlık hakkına ilişkin esaslar yer almaktadır. Genel yorumda bahsi geçen başlıkların tüketici değil, yol gösterici olduğu²⁶ da belirtilmektedir.

5. Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nde düzenlenen medeni ve siyasal hakların yer aldığı 1966'da imzalanıp, 1976'da yürürlüğe giren ikinci sözleşme ise Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'dir²⁷. Bu Sözleşme, doğrudan sağlık hakkını düzenlememekle birlikte sağlık hakkı ile yakın ilişkide olup, ayrı düşünülemeyen yaşama hakkını düzenlemektedir. 6. Maddede, yaşama hakkına dair Sözleşme'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi, taraf devletlerce alınması gereken üç önlemden bahsetmektedir. Bunlar; bebek ölümlerinin azaltılması, yetersiz beslenmenin ve salgın hastalıkların ortadan

²⁰ Ertan, s. 21.

²¹ Uyar, Lema (2006) Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. xvi.

²² Uyar, s. 236-264.

²³ Uyar, s. 236; Temiz(2014),s. 167.

²⁴ Uyar, s. 239; Temiz(2014),s. 169.

²⁵ Uyar, s. 250-251; Temiz(2014),s.177.

²⁶ Uyar, s. 242; Temiz (2014), s. 180.

²⁷ Döner, s. 41 vd.; Temiz (2013), s. 73.

kaldırılmasıdır. Devletlerin yaşama hakkı ile ilgili alması gereken önlemler sağlıklı yaşamdan çok yaşamın varlığını sürdürmeye yönelik olsa da sağlık hakkı ile doğrudan ilgili olduğu²⁸, sağlık hizmeti kapsamında yer aldığı ortadadır.

6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

1950'de Roma'da imzalanan, Türkiye tarafından 1952'de imzalanıp 1954'te Resmi Gazete (R.G.)'de yayımlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde olduğu gibi doğrudan sağlık hakkı düzenlemesi içermemekte, 2. maddesinde yaşama hakkına dair açıklamalar içermektedir. Bu madde, herkesin yaşama hakkının yasa tarafından korunmasını öngörmektedir²⁹.

Herkesin yaşama hakkının yasa tarafından korunabilmesi için devletin yerine getirmesi gereken yükümlülükler vardır. Bunların başında, kişilerin yaşamlarının devlet ajanları tarafından keyfi surette sona erdirilememesi gelmektedir. Kolluk kuvvetleri gibi kamu kurumunda çalışan personel de devlet ajanı niteliğindedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Tarariyeva v. Russia³⁰ kararında sağlık personelinin devlet ajanı olduğu ve eylem ile ihmallerinden devletin sorumlu olduğu belirtilmiştir. AİHM'in Association X v. United Kingdom³¹, Osman v. The United Kingdom³², Powell v. The United

²⁸ Gemalmaz, s. 95-146; Ertan, s. 135-136.

²⁹ Ertan, s. 131; Demir, Simge (2018) Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 237.

³⁰ Case of Tarariyeva v. Russia, Application No. 4353/03, Judgment 14/12/2006, Para. No. 74, <<https://www.legal-tools.org/doc/a6ab2f/pdf/>>, s.e.t.17.02.2020.

³¹ Kararda taraf devletlerin yalnızca kasten kişinin yaşamını son vermemesinin yeterli olmadığı, hayat kurtarmak için de uygun önlemler almasının gerektiği düzenlenmiştir. Case of Association X . V/The United Kingdom, Application No. 7154/75, Judgment 12/07/1978, Para. No. 8, s. 32, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["7154/75"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

³² Kararda üye devletlerin kişiler arası yaşama haklarının ihlali niteliğindeki davranışların önüne geçilmesi için yükümlülükleri olduğu belirtilmiştir. Case of Osman v. The United Kingdom, Application No. 87/1997/871/1083, Judgment 28/10/1998, Para. No. 107, s. 30, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22osman%22,%22itemid%22:%22001-58257%22>>, s.e.t.17.02.2020.

Kingdom³³, Calvelli and Ciglio v. Italy³⁴, Cyprus v. Turkey³⁵ ve Oyal v. Turkey³⁶ kararları da sağlık hakkı ve sağlık hizmetleri açısından devletlerin yükümlülükleri ile ilgili açıklamaları nedeniyle önem taşımaktadır.

7. Dünya Tabipler Birliği Bildirgeleri

Dünya Tabipler Birliği (DTB) tarafından ilk olarak 1947'de yayınlanan, içerdiği ilkeler nedeniyle Hipokrat Yemini'nin modern versiyonu olarak adlandırılan Cenevre Bildirgesi, DTB'nin günümüzdeki politikalarını içeren çok az değişime uğramış daimi bildirgedir³⁷.

³³ Kararda yetkililerin sağlık bakımına dair eylem ve ihmallerinin taraf devletlerin yaşama hakkının korunması yükümlülüklerinin ihlaline ve devletlerin sorumluluğuna neden olabileceği belirtilmiştir. Sağlık alanındaki bilgilendirme hatası, ihmal, hatalı müdahale vb. hallerin de devletin pozitif yükümlülüğünün ihlaline neden olduğu açıklanmıştır. **Case of Powell v. The United Kingdom**, Application No. 45305/99, Judgment 04/05/2000, s. 17-18 <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["powell"\],"itemid":\["001-5215"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

³⁴ Kararda kamu/halk sağlığına, kamu/özel hastanelerin hastalarının yaşama haklarını koruyucu önlemleri alınması gerektiğine ve özel/kamu hastanesindeki tıbbi müdahaleden ölenlerin ölüm nedeninin belirlenebilmesi ve sorumlu olanlara başvurulabilmesi için bağımsız bir yargı sisteminin gerektiğine dikkat çekilmiştir. **Case Of Calvelli v. Italy**, Application No. 32967/96, Judgment 17/02/2002 <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["ciglio"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60329"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

³⁵ Kararda yaşama hakkı ile sağlık hizmetinin icrası arasında ilişki kurularak, sağlık hizmetinin icra edilmemesi halinde devletin yaşama hakkının ihlalden sorumlu olacağı belirtilmiştir. **Case of Cyprus v. Turkey**, Application No. 25781/94, Judgment 10/05/2001, Para. No. 219, s. 3, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"display":\["0"\],"languageisocode":\["TUR"\],"appno":\["25781/94"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

³⁶ Kararda kamu kurum ve kuruluşlarında gerçekleştirilen kan nakli nedeniyle bozulan sağlık durumlarından devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu olacağı açıklanmıştır. **Case of Oyal v. Turkey**, Application No. 4864/05, Judgment 23/06/2010, Para. No. 6,7,8,9,10,72, s. 2,3,21, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["4864/05"\],"display":\["0"\],"itemid":\["001-162088"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

³⁷ <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-geneva/>, s.e.t.17.02.2020.

1964'te yayınlanan DTB'nin en bilinen politikalarını içeren Helsinki Bildirgesi³⁸, yedi kere değişime uğrayarak, son halini 2013'te almış olup, bu haliyle uygulamadadır³⁹.

Tokyo Bildirgesi ise DTB'nin kuruluşundaki nedenlerin İkinci Dünya Savaşı'nda doktorların tıbbi araç-gereçleri, ilaçları insan üzerinde kullanmaları, deney yapmaları ile ilgili davaların çokluğu, bu durumların hala dünyanın çeşitli yerlerinde devam etmesi, bunların önüne geçilmesi olduğunu belirtmektedir. Bildirge'de tıbbi müdahale ile kişilere işkence eden doktorların davranışlarının etik olmamasının yanı sıra, kişilerin doktorlara olan güvenlerini de sarsacağı, zorlamaya maruz kalsalar dahi doktorların işkenceden uzak durmaları gerektiği konularına dikkat çekilmiştir⁴⁰.

Taipei Bildirgesi ise insanlar üzerinde tıbbi araştırmalar konusunda bir rehber niteliğinde olan Helsinki Bildirgesi ile birlikte ele alınmaktadır. Bildirge'de kişiler üzerinde tıbbi araştırma yapılmadan önce aydınlatılmış onam alınması üzerinde durulmuştur. Sömürü ve suistimale uğrama riskine karşılık, sağlık problemlerinin çözülmesi amacıyla veriler kişilerin rızası alınarak yüksek koruma altına alınmalı, araştırmalar yapılarak hastalıkların tedavisi bulunmalıdır. Taipei Bildirgesi, kişilerin özel hayatına giren bu verilerin veritabanlarında ve biyobankalarda yüksek standartlarda en iyi koruma yöntemleri ile ticari, idari ve politik sömürülere karşı korunması politikalarını kapsamaktadır. Bu Bildirge sayesinde, aydınlatılmış onam ile hastalardan alınan veriler ve numunelerin korunmasına ilişkin sorumluluk üstlenilmektedir⁴¹.

8. Alma Ata Bildirgesi

Alma Ata Bildirgesi⁴², DSÖ tarafından 1978'de Kazakistan'ın başkenti Alma Ata'da Temel Sağlık Hizmetleri Uluslararası Konferansı neticesinde yayınlanmıştır. Bildirge'nin önemi, temel sağlık hizmetlerinin öneminin

³⁸ **Kızılarlan, Hakan** (2007) Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma Doktrin ve Uygulama, 1. Baskı, Ankara, Çetin Veb-Ofset A.Ş., s. 70.

³⁹ <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-helsinki/>, s.e.t.17.02.2020.

⁴⁰ <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-tokyo/>, s.e.t.17.02.2020.

⁴¹ <https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-taipei/>, s.e.t. 17.02.2020.

⁴² **Kızılarlan**, s. 70.

vurgulanması ile sağlık hakkının temel insan hakkı olduğunun kabul edilmesidir. Bildirge ile sağlık kavramı DSÖ'ye üye Avrupa ülkeleri başta olmak üzere dünya geneli tüm ülkelerde temel değer konumuna gelmiştir⁴³.

DSÖ, 1973'te sağlığa verilen değer azlığına dikkat çekmek adına "herkes için sağlık" politikasını benimsemiştir. Bu politika ile sağlık hizmetlerinin tüm toplum tabanına yayılması, ücretsiz, teknolojik olanaklardan maksimum seviyede faydalanarak herkesin gereksinimi ölçüsünde yararlanması hedeflenerek temel sağlık hizmetleri vurgulanmış⁴⁴, 2000 yılı kalkınmanın ön koşulu olarak temel sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi hedefi gösterilmiş ve "2000 Yılında Herkes İçin Sağlık Bildirgesi" yayınlanarak çalışmalara başlanmıştır⁴⁵. Tüm ülkelere iç ve dış kaynaklarını kullanmaları, sağlık hizmetini iyileştirmeleri yönünde çağrıda bulunulmuştur. Bu çalışmalar sonucunda tüm dünyada sağlık hizmetine ilişkin kayda değer gelişmeler yaşanmıştır⁴⁶.

9. Lizbon Bildirgesi

1981'de yayınlanan Lizbon Bildirgesi⁴⁷'nde tıp mesleğinin hastalara sağlamaya çalıştığı temel hakların bir kısmı bu bildirmede yer almaktadır⁴⁸. Hasta hakları, dış baskıdan uzak bir şekilde çalışabilen hekim tarafından tedavi edilme, hekimi seçebilme, tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliği, yeterli bilgilendirme

⁴³ **Temiz** (2013), s. 78; **Madenoğlu Kıvanç, Meral** (2015) "Evrensel Sağlık Bildirgeleri ve Türkiye'de Sağlık Reformları" Sağlık ve Hemşirelik Yönetim, C. 2, Sa. 3, ss. 162-166, s. 163; **Çınar, Ülkü** (2003) "Sağlık Hukuku" (Doktora), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, s. 5; **Aktan, Coşkun Can/Işık, A. Kadir**, Sağlığın Korunması ve Geliştirilmesine Yönelik Evrensel Sağlık Bildirgelerine Toplu Bir Bakış, <<http://www.canaktan.org/ekonomi/saglik-degisim-caginda/pdf-aktan/sagligin-korunmasi.pdf>>, s.e.t.02.10.2018, ss. 1-34, s. 1-3; **Demir** (2006), s. 1376-1379; **Kızılarlan**, s. 70.

⁴⁴ **Aksakoğlu, Gazanfer** (2003) "Dünya Sağlık Örgütü ve Sağlık Politikalarında Değişim" Sol, Sa. 199, C. 41-5, ss. 1-7, s. 2; **Temiz** (2013), s. 78.

⁴⁵ **Yıldız, Hicran/Turan, Mustafa** (2010) "Küreselleşme ve Sağlık" Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi, C. 36, Sa. 1, ss. 39-41, s. 40.

⁴⁶ **Madenoğlu Kıvanç**, s. 163

⁴⁷ **Kızılarlan**, s. 70

⁴⁸ **Demir** (2006), s. 1359.

neticesinde ruhsal yahut manevi yönden tedavi edilmeyi kabul etme veya reddetme, onurlu bir biçimde ölme şeklinde özetlenebilmektedir⁴⁹.

10. Ottawa Şartı

Kanada'nın Ottawa kentinde 1986'da düzenlenen I. Uluslararası Sağlık Geliştirme Konferansı neticesinde "Sağlığı Geliştirme Ottawa Şartı" yayınlanmıştır. Bu konferansta, 2000 yılı ve sonrasında ulaşılması hedeflenen "Herkes İçin Sağlık" politikası ile herkesin sağlığa kavuşabilmesinin şartları üzerinde durulmuştur⁵⁰. Sağlık hizmetlerine dair sorumluluğa ilişkin kararlar alınarak, sağlık sektörü ile birlikte diğer sektörlerin de bu alandaki sorunlardan sorumlu olduğu benimsenmiştir.

Sağlığın geliştirilme amacı konusu üzerinde durularak, ekonomik, politik, çevresel, biyolojik ve davranışsal etkenlerin sağlığa yararlı bir hale getirilmesinin amaçlardan biri olduğu belirtilmiştir⁵¹. Sağlığın geliştirilmesi için mevcut şartlara bağlı olması, DSÖ'nün sağlık tanımının üç boyutunu bütünleştirilmesi, hükümetlerin sağlık alanındaki sorumluluklarını desteklemesi, sağlığı toplum adına savunması ve sağlığa katılımın esas unsur olması şeklinde beş prensip öngörülmüştür⁵². Bu Belge'nin sağlık hukuku açısından önemi, sorumluluk ve amaca ilişkin önemli kararlar alınmış olmasıdır.

⁴⁹ **Sayek, Füsün** (1998) Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 1. Baskı, Ankara, Türk Tabipleri Birliği, s. 32; **Madenoğlu Kıvanç**, s. 163; **Aktan/Işık**, s. 3-4

⁵⁰ **WHO** (1986) Ottawa Charter for Health Promotion First International Conference on Health Promotion Ottawa, Ottawa, <<http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/>>, s.e.t.17.02.2020, s. 1; **Yardım, Nazan/Gögen, Sibel/Mollahaliloğlu, Salih** (2009) "Sağlığın Geliştirilmesi; Dünyada ve Türkiye'de Mevcut Durum" İstanbul Tıp Fakültesi, İstanbul, C. 72, Sa. 1, ss. 29-35, s. 30.

⁵¹ **Aktan/Işık**, s. 4; **Madenoğlu Kıvanç**, s. 163.

⁵² WHO Secretariat Background Document for the 6th Global Conference on Health Promotion in Bangkok, "Global Health Promotion Scaling up for 2015- A brief review of major impacts and developments over the past 20 years and challenges for 2015", Thailand, <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/6gchp/pr_conference_background.pdf>, s.e.t.17.02.2020, s. 4-5; **Yardım/Gögen/Mollahaliloğlu**, s. 30; **Aktan/Işık**, s. 4.

11. Adelaide Tavsiyeleri

Avustralya'nın Adelaide kentinde, 1988'de toplanan II. Uluslararası Sağlık Geliştirme Konferansı'nda "Sağlıklı Halk Politikası" benimsenerek, bu politikanın esasları belirlenmiştir. Bu politika ile sağlık alanındaki eşitsizliklerin giderilerek tüm bireylerin sağlıklı bir yaşam sürmesi amaçlanmaktadır. Sağlıklı Halk Politikası ile sağlığa zararlı olan tütün ve alkolün önüne geçilmesi, gıda ve beslenme ile kadın sağlığına önem verilmesi, sağlığı destekleyici ortamların oluşturulması hedeflenmiştir. Bu politikanın uygulanması esnasında meydana gelebilecek sorunlara ilişkin ülkelerin birlik olması konusu üzerinde de durulmuştur⁵³.

12. Herkes için Sağlık Avrupa Bölgesel Hedeflerinin Desteklenmesinde Hemşirelik Hakkında Bildirge

Viyana'da 1988'de Avrupa Hemşirelik Konferansı'nda "Herkes İçin Sağlık" politikasıyla belirlenen hedeflere ulaşmak amacıyla hemşirelikte değişiklikler yapılması ve bu konuda hemşirelere yardım edilmesinde hükümetlerin ve sağlık alanındaki ulusal karar vericilerin harekete geçirilmesine dair hükümler içeren bir bildirge yayınlanmıştır⁵⁴.

13. Kopenhag Bildirgesi

Kopenhag'ta 1994'te DSÖ temsilcilerinin bir araya gelerek sağlık politikalarıyla ilgili yayımladıkları Kopenhag Bildirgesi'nde, Avrupa'da sağlığa ilişkin yapılan eleştiriler ile bu eleştirilerin giderilmesi için yapılması gereken değişiklikler ve gelecekte daha iyi bir durumun hedeflenmesi yer almıştır. Bu Bildirge'de uluslararası kuruluşlar ile Avrupa Birliği arasındaki işbirliğinin artmasından duyulan memnuniyet belirtilmekle birlikte, gelişime ilişkin adımlar da öneri konusu olmuştur⁵⁵.

14. Amsterdam Bildirgesi

Amsterdam'da 1994'te "Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi" adıyla yayınlanan Bildirge'de Lizbon Bildirgesi'ndeki hasta haklarından eksik olanlarına yer verilmiştir. Hekimin hem kendi vicdanına

⁵³ Madenoğlu Kıvanç, s. 163; Aktan/Işık, s. 5.

⁵⁴ Demir (2006), s. 1390.

⁵⁵ Madenoğlu Kıvanç, s. 163; Aktan/Işık, s. 7.

göre hem de hastanın yararına olacak şekilde davranması gerektiği Amsterdam Bildirgesi'nde⁵⁶ dile getirilmiştir. Diğerlerinde olduğu gibi bu Bildirge'de de hastanın bilgilendirilmesi, onayı alınması, özel hayatının gizliliği, bakım ve tedavisi, sağlık hizmetinde insan hakları ile değerleri şeklinde kimi hasta hakları düzenlenmiştir⁵⁷.

15. Bali Bildirgesi

Bali'de 1995'te "Dünya Tabipleri Birliği Hasta Hakları Bildirgesi" olarak yayınlanan Bali Bildirgesi⁵⁸, Lizbon ve Amsterdam Bildirgeleri'ndeki konulara benzer konuları ele almıştır. Hastanın kendi kaderini belirleme, kaliteli bakım, seçim, gizlilik, bilgilendirme, sağlık eğitimi alma, dini destek ile onur hakları Bildirge'de bahsedilen hakların başında gelmektedir⁵⁹.

Bali Bildirgesi birkaç konunun ilk defa düzenlenmesi ile farklılığını ortaya koymaktadır. Bunlar, intihar girişimi olan bilinci kapalı hastaya karşı hekimlerin yaklaşımının nasıl olması gerektiği, yasal ehliyeti bulunmayan hastanın rasyonel kararlarına saygı gösterilmesinin gerektiği, sağlık eğitimi düzenlemesi ile herkesin kendi sağlık durumundan kendi sorumlu olduğudur⁶⁰. Bu Bildirge ile temelde hasta haklarının gelişimine yönelik yeni sağlık hakkı ve sağlık hizmeti düzenlemeleri yapıldığı sonucuna varılabilmektedir.

16. Ljubljana Bildirgesi

Slovenya'nın başkenti Ljubljana'da 1996'da yapılan konferansta, Avrupa'da sağlık hizmetinden faydalanamayan kişiler için yapılması gerekenler görüşülmüştür. İnsan onuru, sağlık reformları, dayanışma, meslek ahlakı ve hakkaniyet Bildirge'de⁶¹ yer alan çözüm ilkeleridir⁶². Görüldüğü üzere Ljubljana Bildirgesi de sağlık hakkının korunması ve sağlık hizmetinin dayanağının oluşturulması ve geliştirilmesine ilişkin çeşitli ilkeler barındırarak uluslararası mevzuatta önemli bir yer edinmiştir.

⁵⁶ Kızılarşlan, s. 70.

⁵⁷ Aktan/Işık, s. 6-7; Kızılarşlan, s. 70; Demir (2006), s. 1359,1393-1397.

⁵⁸ Kızılarşlan, s. 70.

⁵⁹ Kızılarşlan, s. 70; Demir (2006), s. 1360; Madenoğlu Kıvanç, s. 163; Aktan/Işık, s. 7-8.

⁶⁰ Madenoğlu Kıvanç, s. 163.

⁶¹ Kızılarşlan, s. 70.

⁶² Demir (2006), s. 1373; Kızılarşlan, s. 70; Aktan/Işık, s. 8; Madenoğlu Kıvanç, s. 164.

17. Jakarta Bildirgesi

Endonezya'nın başkenti Jakarta'da 1997'de düzenlenen IV. Uluslararası Sağlık Geliştirme Konferansı sonucu yayımlanan Bildirge'de, 21. yüzyıl için sosyal sorumluluğun geliştirilmesi, sağlığın korunup geliştirilmesi için ortaklıkların kurulup, sürdürülmesi, yatırımların artırılması, bireylerin eğitilip güçlendirilmesi, gerekli altyapı çalışmalarının yapılması gibi yöntemler için çalışmalara başlanması kararı alınmıştır⁶³. Jakarta Bildirgesi ile eğitim, yatırım, altyapı gibi önemli konularda yeni düzenlemeler yapılarak sağlık hakkı ile sağlık hizmetinin gelişimine dair önemli adımlar atılmıştır.

18. Halkların Sağlığı Bildirgesi

Bangladeş'in Savar kentinde 2000'de 92 ülkenin temsilcisinden oluşan Halkların Sağlığı Meclisi toplanarak bildirge yayınlamıştır. Bildirge'de, küresel sağlık krizi ile savaşılabilmek adına bireysel, toplumsal, bölgesel ve ulusal olarak harekete geçilmesinin gerektiği belirtilmiştir⁶⁴. Sağlık ve insan haklarının ekonomik ve politik kaygılara nazaran her zaman önde olması gerektiğinin de üzerinde durulmuştur⁶⁵. Halkların Sağlığı Bildirgesi sağlık hakkı ile sağlık hizmetinin ülkeler için oldukça önem arz eden ekonomi ve politikanın üzerinde olduğu belirtilmesi nedeniyle önem taşımaktadır.

19. Dubrovnik Sözleşmesi

Hırvatistan'da 2001'de imzalanan bir sözleşmedir. Sağlığın finansman kaynakları ile kalitesi üzerinde durulmasının yanı sıra, sağlık alanında hedef ve stratejiler de belirlenmiştir⁶⁶. Bu sözleşmede, vatandaşlara uygun, yüksek kalitede olduğu kadar elde edilebilir sağlık hizmetini sunmak ve halkın bu hizmete ulaşmasını sağlamak, sosyal birleşmeyi toplum ruh sağlığı hizmetlerini güçlendirmek, kan/kan ürünleri konusunda güvenilirliği kazanmak, ücretsiz acil bakım hizmetlerini kuvvetlendirmek, bulaşıcı hastalıkların kontrolünü sağlayabilmek ve beslenme kaynaklarının elde edilebilirliği ve güvenilirliğini

⁶³ Madenoğlu Kıvanç, s. 164; Aktan/Işık, s. 8.

⁶⁴ Madenoğlu Kıvanç, s. 164.

⁶⁵ Yıldız/Turan, s. 40-41; Katikireddi, Vittal, (2004) "New Regular Report Will Monitor Global Health Issues", BMJ, 328, 728, s. 1.

⁶⁶ Madenoğlu Kıvanç, s. 164.

sağlamak konuları hakkında kararlar alınmıştır⁶⁷. Dubrovnik Sözleşmesi ile sağlık hakkının hem ekonomik boyutu hem de sosyal boyutu ile ele alındığı görülmektedir.

20. Hasta Haklarına İlişkin Ana Sözleşmesi

2002 Yılında Roma'da imzaya açılan Hasta Haklarına İlişkin Ana Sözleşmesi ile her ne kadar Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin ulusal sağlık sistemleri farklı olsa da hasta, kullanıcı, tüketici, aile bireyleri, risk taşıyan insanlar ve azınlıkların haklarına dair aynı koşulların olduğu savunulmaktadır. Sağlık konusunda dünyanın her yerinde tedavi hakkının varlığına ilişkin Avrupa Sosyal Modeli'ne dair resmi tebliğlerin bulunmasına karşın var olan birçok kısıtlama yahut ihlal, ülkelerin var olduğunu savundukları hakkın sorgulanması ihtiyacını doğurmaktadır⁶⁸.

Her ülkenin ulusal sağlık sisteminde ortak hakların var olduğu ileri sürülse de bu duruma açıklık getirmek adına bu Sözleşme kaleme alınmıştır. Temel haklar, hastalara ait on dört hak (koruyucu tedbirlerin alınması, yararlanma, bilgi, rıza, özgür seçim, özel ve gizlilik, hastaların vaktine saygı, kalite standartları, güvenlik, yenilik, gereksiz ağrı yahut acı ve sıkıntıdan sakınma, kişisel tedavi, şikâyet, tazminat hakları), aktif vatandaşlık hakları ve Sözleşme'nin uygulama ilkeleri gibi bölümler bulunmaktadır⁶⁹. Bu Sözleşme'nin önemi de hasta hakları üzerinde durularak, bu haklara ve sağlık sistemine ilişkin açıklamalar getirilmesidir.

21. Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi

Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, tütün kullanımına ilişkin kontrol hakkında yapılmış ilk uluslararası sözleşme niteliğini taşımaktadır. 2003 tarihinde 56. Dünya Sağlık Asamblesinde DSÖ'nün denetiminde tüm üye devletler tarafından tartışılıp, imzalanan halk sağlığına ilişkin ilk küresel sözleşme olması nedeniyle önem arz etmektedir. Tütün fiyatlarına, reklam, vergilendirme, sponsorluk, tütünsüz ortam vb. ye uluslararası standartlar getiren bu Sözleşme, 27.02.2004 itibariyle yürürlüğe giren uluslar arası kanun

⁶⁷ Aktan/Işık, s. 9.

⁶⁸ Demir (2006), s. 1380.

⁶⁹ Demir (2006), s. 1381-1389.

niteliğini de kazanmıştır⁷⁰. Böylece bu Sözleşme ile DSÖ, tütün vergilerine, fiyatlarına, reklam, sponsorluk ve promosyonlara, sürveyans ve araştırma metodlarına, kanunsuz satışlara, pasif içiciliğe ve tütünsüz ortamlara ilişkin uluslararası standartlar getirmiştir⁷¹. Sağlık alanına ilişkin bu kadar önemli olan konularda uluslararası standartlar getirmesi nedeniyle bu Sözleşme oldukça önem arz etmektedir.

22. Bangkok Konferansı

Tayland'ın Bangkok şehrinde 2005'te düzenlenen VI. Küresel Sağlık Geliştirilmesi Konferansı'nda sağlığı geliştirmek için önemli adımlar belirlenmiştir. Bu adımlar, sağlıklı halk politikası oluşturma, destekleyici çevreler düzenleme, topluluk faaliyetlerinin artırılması, sağlık hizmetinin yönlendirilmesi, bireysel kabiliyetlerin geliştirilmesi vb.dir. Sağlık geliştirilmesi için devletin temel yükümlülüğü haline gelmesi, küresel gelişim gündeminin merkezinde yer alması, ortak uygulamaların olması ve sivil toplum ve toplulukların odak noktası haline gelmesi gerektiği şeklinde dört nokta tespit edilmiştir⁷². Bu Konferans ile devletin yükümlülüklerinin bir kez daha açık bir şekilde altı çizilmesi oldukça önemlidir.

23. Tallinn Şartı

Estonya'da 2008'de gerçekleştirilen konferans sonucunda hazırlanan Tallinn Şartı'nın sağlık sistemini güçlendirmeye yönelik stratejik çerçeve ve kılavuz olması hedeflenmiştir. DSÖ'nün son zamanlardaki raporlarının ortak noktalarının olduğu ve bu noktaların sağlık hizmetinin özelleştirilmesinde birleştiği ve bu özelleştirmelere yönelik müdahalelerin varlığına dikkat çekilmiş ve söz konusu raporlar bu konferansta ayrıntıları ile incelenmiştir⁷³. Bu

⁷⁰ **Başbakanlık**, Ulusal Tütün Kontrol Programı Genelgesi, (2006) No. 2006/29, 26312 Sayılı R.G., Y.T.07.10.2006; **Yardım/Gögen/Mollahaliloğlu**, s. 32.

⁷¹ **Yardım/Gögen/Mollahaliloğlu**, s. 32.

⁷² The Bangkok Charter for Health Promotion in a Globalized World, Health Promot, Int. 2006 21, <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/6gchp/hpr_050829_%20BCHP.pdf?ua=1>, s.e.t.17.02.2020, s. 4; **Yardım/Gögen/Mollahaliloğlu**, s. 30-31; **Madenoğlu Kıvanç**, s. 164.

⁷³ **Madenoğlu Kıvanç**, s. 164.

bağlamda Tallinn Şartı ile sağlık hizmetindeki özelleştirmeler merccek altına alınmıştır.

24. Malta Belgesi

2012’de, DSÖ’nün Avrupa Bölgesi Komitesi’nin 62. toplantısı Malta’da yapılmış olup, toplantı sonucunda Malta Belgesi⁷⁴ yayınlanmıştır. Belge’de, üye devletler ile DSÖ Avrupa Bölge Ofisi için stratejik yönelimler ile öncelikli olarak politik eylem alanları hakkında açıklamalar yapılmıştır. Devlet Sağlık Örgütü’ne üye devletlerden 53’ü yeni politika olan “Sağlık 2020” hakkında anlaşmışlardır. Ortak amaç ise 1988’de yayınlanan Adelaide Tavsiyeleri’nden beri hala giderilememiş olan sağlık alanındaki eşitsizliklerin giderilmesi, insanların sağlık ve esenliğini arttırmak, halk sağlığını güçlendirerek eşitlikçi, evrensel, yüksek kaliteli, sürdürülebilir ve insan odaklı sağlık sistemlerinin oluşturulmasını başarabilmektir⁷⁵.

Bu belgelerin dışında, kadına verilen değerin artırılması konusunu ele alan 1994’te Viyana’da yayınlanan Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinde Kadın Sağlığı Konferansı: Kadına Yatırım Yapılması Hakkında Viyana Bildirisi, alkol politikalarının düzenlenmesine ilişkin 1995’te Paris’te yayınlanan Sağlıklı Toplum ve Alkol Üzerine Avrupa Konferansı: Alkole İlişkin Avrupa Şartı, 1996’da yayınlanan biyolojik ve tıbbi uygulamalardaki insan hakları ve temel hakları düzenleyen Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁷⁶, 1997’de UNESCO tarafından genetik hakların koruma altına alınmasına dair Birleşmiş Gen Haritası ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, gençler ve alkol konusunu inceleyen 2001’de Stokholm’de yayınlanan Gençler ve Alkol Hakkında Bildirge de sağlık hakkı ve sağlık hizmetine ilişkin önemli hükümler içermektedir⁷⁷.

⁷⁴ Kızılarşlan, s. 70.

⁷⁵ Madenoğlu Kıvanç, s. 164; Kızılarşlan, s. 70.

⁷⁶ Kızılarşlan, s. 71.

⁷⁷ Demir (2006), s. 1392-1409.

B. Ulusal Mevzuat

1. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarındaki Durumu

Sağlık hakkının ve sağlık hizmetinin ortaya çıkışının temellerini incelemek için bireylerin hak ve özgürlüklerinin yanı sıra, devletin hizmetlerinin de yer aldığı anayasaların incelenmesi gerekir. Türkiye Cumhuriyeti'nin 1921, 1924, 1961 ve 1982 olmak üzere tarihsel süreçte dört anayasası bulunmakta olup, sırasıyla incelersek:

a. 1921 Anayasası

Kurtuluş Savaşı dönemlerinde yeni bir devletin kurulması ümidiyle gerçekleştirilen “Teşkilatı Esasiye Kanunu” adıyla TBMM tarafından 20.01.1921’de çıkarılan 23 maddelik 1921 Anayasası, yalnızca o dönem için gerekli olan zaruri ve sınırlı hak ve özgürlükleri içermekteydi⁷⁸, dönemin şartları gereği tüm temel hak ve özgürlükler bu anayasada düzenlenme imkânı bulamamıştı. Bu kapsamda görülmeyen sağlık hakkı ve yaşama hakkı 1921 Anayasası’nda düzenlenememişti. Fikrimizce tüm insan haklarının temelinde bulunan yaşama hakkı ve dolayısıyla sağlık hakkı, en zaruri hak olup, en başta düzenlenmesi gereken haktır. 1921 Anayasası, savaş döneminin ardından çıkarılan Anayasa olması özelliği ile de esasında bu hakları koruma altına almalıydı. Bu yönü ile 1921 Anayasası en önemli hakkı düzenlemeyerek eksik bir nitelik taşıyan anayasa olarak değerlendirilebileceğini belirtmemiz gerekmektedir; ancak öğretilerde 1921 Anayasası’nda yer almayan konular için 1876 Anayasası’nın yürürlükte olduğu ve hükümlerinin uygulandığı kabul edilmektedir⁷⁹. 1876 Anayasası’nda “Tebaa-i Devlet-i Osmaniye’nin Hukuku Umumiyesi” başlığı altında 17 madde halinde temel hak ve özgürlükler düzenlenmişti. Her ne kadar söz konusu 17 madde arasında doğrudan yaşama hakkı veya sağlık hakkı başlığı ile bir hak düzenlenmese de 9. maddede kişi hürriyeti düzenlemesinin içerisinde hüküm altına alınmıştı.

⁷⁸ **Tanör, Bülent** (2010) Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 19. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi, s. 253.

⁷⁹ **Mumcu, Ahmet/Küzeci, Elif** (2015) İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 7. Baskı, Ankara, Turhan, s. 194,195; **Tanör**, s. 267; **Özbudun, Ergun** (2016) Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 28.

b. 1924 Anayasası

1924 Anayasası'nda ise temel hak ve özgürlükler düzenlenmiş, 70. ve 71. maddede yaşama hakkı ile ilgili normlar getirilmiştir. 70. Maddede, “*Şahsi masuniyet, vicdan, tefekkür, kelam, neşir, seyahat, akit, sayü amel, temellük ve tasarruf, içtima, cemiyet, şirket, hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır.*”, 71. maddede, “*Can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur.*” ifadeleri Türk anayasalarında yaşama hakkının ilk düzenleniş şekli olarak ele alınmaktadır. Sağlık hakkı doğrudan 1924 Anayasası'nda düzenlenmese de yaşama hakkı düzenlenerek sağlık hakkının temellerini oluşturmuştur.

c. 1961 Anayasası

Sosyal alanlar, temel anayasal tercihlere göre ilk aşamada anayasaların dışında tutulmuştur; ancak sonraki anayasal tercihlerde sosyal alanların da anayasalara girmesi yolunda çalışmalara başlanmıştır, sosyal nitelik taşıyan maddeler de anayasalara dâhil olmuştur. Eşitlikçi bir yaklaşımla düzenlenen bu hükümler, kişilerin kişi hakları ve siyasi hakları kullanabilmesi için de gerekli olan barınma, beslenme, eğitim ve sağlık gibi temel ihtiyaçların, hakların sağlanması anlayışını temel alır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin özellikle 22, 25 ve 26. maddelerinde belirtilen tıbbi bakım, beslenme, barınma, sosyal güvenlik, eğitim gibi hakların tanınması ve bu hakların yerine getirilmesi, temel gereksinimlerin karşılanması anlayışı neticesinde yapılan düzenlemelerdir⁸⁰.

1961 Anayasası II. Dünya Savaşı'ndan sonra T.C.'de yapılmış olan ilk anayasadır. Sosyal devlet anlayışı da II. Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkmış olup, anayasalara dahil edilmiş⁸¹, yaşama hakkının yanı sıra, sosyal ve ekonomik haklar kapsamında değerlendirilen sağlık hakkı ve tüm temel hak ve ödevler de bu dönemden sonra anayasalarda bulunmaya başlamıştır⁸². 1961 Anayasası'nın “Kişinin Hak ve Ödevleri” bölümünün “Kişi Dokunulmazlığı”

⁸⁰ **Oder, Bertil Emrah**, (2008) “Devletin Olumlu Edimine Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 1, ss. 199-231, s. 202-205.

⁸¹ **Oder**, s. 206.

⁸² **Çınar**, s. 24; **Temiz** (2013), s. 53.

başlıklı 14. maddesinde “*Herkes, yaşama, maddi ve mânevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça kayıtlanamaz. Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulamaz.*” ifadesi ile yaşama hakkı düzenlenmiştir. 1961 Anayasası 1924 Anayasası’ndan farklı olarak, yaşama hakkının yanı sıra, sağlık hakkını da koruma altına almıştır. “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” bölümünde 49. maddede yer alan sağlık hakkı, “*Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir. Devlet, yoksul veya dar gelirlili ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.*” düzenlemesi ile anayasal güvence kazanmıştır. Bu maddede sağlık hakkı ile birlikte “...herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi...” şeklinde ifade ettiği yaşama hakkını koruyucu hüküm de yer almaktadır. Söz konusu madde ile devlete herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşaması ödevi yüklenmiştir⁸³. Böylelikle devletin sağlık hakkı ve yaşama hakkını birlikte ele aldığını anayasal anlamda da görmüş bulunmaktayız.

ç. 1982 Anayasası

1961 Anayasası’nda benimsenmiş olan sosyal devlet anlayışı, 1982 Anayasası’nda da varlığını sürdürmektedir⁸⁴. Aynı zamanda 1961 Anayasası’nda düzenlenen temel hak ve özgürlükler, 1982 Anayasası’nda da yerini korumaktadır. “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde, “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” başlığı taşıyan 17. maddesinde, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu*

⁸³ Temiz (2013), s. 51.

⁸⁴ Temiz (2013), s. 54.

durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” düzenlemesiyle yaşama hakkı anayasal güvence kazanmıştır. Ayrıca bu düzenleme, insan onuru ile beden bütünlüğünün yanı sıra, sağlığa müdahaleyi de yasaklaması nedeniyle yaşama hakkı ile sağlık hakkının normatif açıdan da bağlantılı olduğuna delalet etmektedir⁸⁵. “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde ise “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlıklı 56. maddede sağlık hizmeti düzenlenmekte olup, sağlık hakkına dair tam anlamıyla bir düzenleme getirilmediği görülmektedir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise “...Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler...” şeklinde “beden ve ruh sağlığı”ndan söz edilerek sağlık hakkından kısmen de olsa bahsedilmektedir⁸⁶.

2. Sağlık Hakkının ve Sağlık Hizmetinin Yasal ve İdari Düzenlemelerdeki Durumu

Türkiye’de Kurtuluş Savaşı’nın ardından Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulmasıyla özellikle 1928’den günümüze sağlıkla ilgili birçok yasal ve idari düzenleme çıkarılmış ve sağlık sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Çalışmamızda sağlık hakkı ve sağlık hizmeti için en çok önem teşkil eden düzenlemeler açıklanma imkânı bulmuştur.

a. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

1928’de 863 sayılı R.G.’de yayımlanan 1219 Sayılı Kanun, Kurtuluş Savaşı’nın ardından sağlık ile ilgili yapılan ilk mevzuattır. Sağlık hizmetinin yerine getirilmesinden sorumlu sağlık personeli, bu personelin hangi özellikleri taşıması gerektiği ayrıntıları ile düzenlenmesinin yanı sıra, Tabip Odaları’nın düzenlendiği ilk yasa olma özelliğini de taşımaktadır⁸⁷.

⁸⁵ Temiz (2013), s. 59.

⁸⁶ Çınar, s. 31; Temiz (2013), s. 60-65.

⁸⁷ Köroğlu, Ertuğrul (1984) Sağlık Personelini İlgilendiren Hukuk Kuralları Sağlık Mevzuatı, 1. Baskı, Ankara, Hacettepe Yayın Birliği&Yargıçoğlu, s. 313-323; Çınar, s. 55-56.

1219 Sayılı Kanun günümüz Türkçesi ile “Tıp Bilimi ve Uzmanlık Dalları ile İlgili Mesleki Kuralların Uygulanmasına Dair Kanun” olarak ifade edilebilir. Sağlık hizmetinin taşıdığı önem ve sağlık kurumlarının tam olarak oluşturulamadığı yerlerde, ekip ile sağlık hizmetinin yerine getirilmesini açıklamaları bakımından da bu düzenleme önem arz etmektedir⁸⁸.

1219 Sayılı Kanun’da sağlık personeli tanımlanmış, tabipler, diş tabipleri, ebe, hemşire, hastabakıcı olarak adlandırılan bu kişilerin eğitimleri, diploma almaları gerektiği ve bu belgelerin Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanması gerektiği, aksi durumda bu sıfatları alamayacak ve görevi de yapamayacakları, kanunda yer alan kuralların ihlali halinde karşılaşılabilecek yaptırımlar düzenlemiştir⁸⁹.

b. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

1930’da 1489 sayılı R.G.’de yayımlanan 1593 Sayılı Kanun, yıllar içerisinde değişikliğe uğramış olsa da halen yürürlükte olup, sağlık alanında uygulanan kanunların başında gelmektedir⁹⁰.

Sağlık teşkilatı, sari ve salgın hastalıklarla mücadele, göçmenlerle ilgili sağlık işlemleri, çocuk hıfzıssıhhası, çalışanların sağlığının korunması, şehir ve kasabalar hıfzıssıhhası, şehir ve kasabalarda sağlığın korunması, sağlık istatistikleri, sağlıkla ilgili coğrafik bilgiler ve sağlık propagandası vb. konuları içermekte olan Kanun, sağlık hizmetine ilişkin birçok esas düzenlemiştir⁹¹.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun sağlık sistemindeki önemi, sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliği taşıdığını, devletin bu hizmeti sunmasının bir yükümlülük olduğunu, bireyin ve toplumun sağlığının korunup geliştirilebilmesi için sağlık hizmetinin ekip çalışması ile yerine getirilmesi gerektiğini belirtmesidir. Bu durumlara “Sağlık Teşkilatı” bölümünün 1. maddesinde yer alan, *“Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai*

⁸⁸ Çınar, s. 55.

⁸⁹ Çınar, s. 55; Demir (2006), s. 79-93.

⁹⁰ Köroğlu, s. 1-43; Temiz (2013), s. 48, 83, 84.

⁹¹ Demir (2006), s. 33-78; Temiz (2013), s. 83-84.

muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir.” hükmü açıklık getirmiştir. Sağlık hizmetine ilişkin uygulama, bu madde gibi diğer hükümlerinde de işlendiği için bu Kanun halen yürürlüktedir⁹².

Bireyin ve toplumun sağlığını koruyup geliştirme ve yeni nesillerin de sağlıklı olmasını sağlamak adına ihtiyaç duyulan sağlık hizmetinin temel kamu hizmeti olduğu⁹³ günümüzde bilinmektedir; ancak dönemin şartları içerisinde hükümleri incelenirse, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun dönemden bu tanımı sağlamaya çalıştığı sonucuna varılabilmektedir⁹⁴.

c. Hususi Hastaneler Kanunu

1933’te 2419 sayılı R.G.’de yayımlanan 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, çok az maddesi değiştirilerek günümüze gelen ender kanunlardan biridir⁹⁵. 1933’te sağlık hizmetinin yalnızca kamu kurum ve kuruluşları tarafından yerine getirilmesi sağlık personelinin yetersizliği açısından mümkün değildi. Bu Kanun ile güçlerin birleştirilip, özel kesim ile kamu kesiminin birlikte çalışması ve yetişmiş sağlık personelinin iki alanda da çalışması söz konusu olabilmıştır⁹⁶.

Hususi Hastaneler Kanunu, özel hastanelerin tarifleri ve açılma şartları, örgütlenmesi, görevleri ve cezai hükümler bölümlerinden oluşmakta ve bu konuları ayrıntıları ile hüküm altına almaktadır⁹⁷.

ç. Türk Tabipleri Birliği Kanunu

1953’te 8323 sayılı R.G.’de yayımlanan 6023 Sayılı Kanun, Türkiye sınırları içerisinde ister serbest ister özel/kamu kurumlarında görev yapan hekimlerin mesleği icra edebilmeleri için katılmalarının şart olduğu, haklarını koruyan, meslek etiğini düzenleyen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türk Tabipler Birliği’nin kuruluşunu, hizmetlerini, tabip

⁹² Çınar, s. 59-60.

⁹³ Temiz (2013), s. 144-147, 152-153; Öztekin Ali (2015) “Devletin Asli Ve Sürekli Görevleri (Temel Kamu Hizmetleri) Ve Özellikleri”, Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Sa.30, ss.10-19, s.14.

⁹⁴ Çınar, s. 60.

⁹⁵ Köroğlu, s. 488-495.

⁹⁶ Çınar, s. 60-61.

⁹⁷ Demir (2006), s. 121-127.

odalarının gelirlerini, organlarını vb. içeren bir kanundur⁹⁸. Günümüzdeki Türk Tabipler Birliği'ne uygun hükümler içermesi nedeniyle halen geçerliliğini korumaktadır.

d. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Türk Tabipleri Birliği Kanunu'na dayanılarak, 1960'ta 10436 sayılı R.G. ile yürürlüğe girmiştir. Hekimlerin ve dış hekimlerinin birbiri ile ve hastaları ile aralarındaki ilişkiyi, etik değerleri düzenleyen ve "Hekimlik Mesleği ile İlgili Etik Kurallar Tüzüğü" olarak da adlandırılan bir düzenlemedir. Bu Nizamname, tıp mesleğinde belli standartlar getirerek, herkesin belli olaylar karşısında aynı tepkileri vermesini sağlamaktadır. Bu standartlar ile hekimlerin insan onuruna saygılı ve özverili bir şekilde hareket etmelerine katkı sağlamakta, hekimler arasındaki ilişkiyi artırarak mesleki dayanışma içinde olmalarına da vesile olmaktadır⁹⁹.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, yayımlandığı şekli ile günümüze kadar yürürlüktedir. Umumi kaide ve esaslar, meslektaşların hastaları ile münasebetleri, meslektaşların birbiri ile paramedikal meslek mensupları ile münasebetleri vb. konuların¹⁰⁰ yanı sıra, hastanın hekim seçme özgürlüğü, tedaviye hekimin karar vereceği, yeni tedavi yöntemlerinin uygulanış şekilleri, hekimlerin gereken özeni göstermeleri gerektiği, hastaların hayatlarını kurtaramamaları halinde dahi ıstırap çekmelerini engellemelerinin gerektiği, durumu kötü olan hastaya üstü kapalı durumunun açıklanması gibi düzenlemeleri de içermektedir¹⁰¹.

e. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun

1979'da 16655 sayılı R.G.'de yayımlanan 2238 Sayılı Kanun, genel hükümler, yaşayan kişilerden organ ve doku alınması ve ceza hükümleri konularını içermektedir¹⁰².

⁹⁸ Köroğlu, s. 362-375; Demir (2006), s. 260-273.

⁹⁹ Çınar, s. 81.

¹⁰⁰ Köroğlu, s. 376-382; Demir (2006), s. 362-368.

¹⁰¹ Çınar, s. 82-89.

¹⁰² Demir (2006), s. 310-312.

2238 Sayılı Kanun, organ ve doku naklinin esaslarını düzenleyerek, herhangi bir şahsın organ ve dokularının başka bir kimseye naklini yasal temellere oturtmaktadır. Getirdiği esaslar ile kişilerin eksik yahut yetersiz organları nedeniyle sağlıklı yaşamdan uzak olan hayatları, organ ve doku nakli ile sağlıklı bir hale gelebilme imkanına sahip olması nedeniyle oldukça önem arz etmektedir¹⁰³.

f. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu

1987'de 19461 sayılı R.G.'de yayımlanan, sağlık hizmetinin eşit, kaliteli ve verimli bir şekilde sunulması amacı temelinde düzenlenen 3359 Sayılı Kanun, temel esaslar, teşkilatlanma, sağlık işletmesi, diğer personel, sözleşmeli personel, tedavi masraflarının tahsili ile ilgili düzenlemeler içermektedir¹⁰⁴. Yıllar içerisinde değişikliğe uğrayan kanunda en son 2016'da değişiklik yapılmıştır. Milli Savunma Bakanlığı hariç, bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk kişilerini kapsayan kanunun önemi, sağlık hizmetine ilişkin temel kuralları yasalastırmasıdır¹⁰⁵.

g. Hasta Hakları Yönetmeliği

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nu dayanılarak 1998'de 23420 sayılı R.G. ile yürürlüğe giren Yönetmelik, hizmetten faydalanma hakkı, durumu ile ilgili bilgi alma hakkı, hasta haklarının korunması, hastanın rızası, tıbbi araştırmalar, sorumluluk ve hukuki korunma yollarını düzenleyerek hastaların haklarını hüküm altına almıştır¹⁰⁶. 2019 Yılı değişikliği ile Yönetmelik'in dayanağına 1 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 355. ve 508.maddeleri de eklenmiştir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler açısından Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ndeki hükümlerden esinlendiği görülmekte, bu nedenle de Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin ek yönetmeliği olarak da öğretilerde değerlendirilmektedir¹⁰⁷.

¹⁰³ Çınar, s. 65.

¹⁰⁴ Temiz (2013), s. 85.

¹⁰⁵ Demir (2006), s. 23-32.

¹⁰⁶ Demir (2006), s. 441-453.

¹⁰⁷ Çınar, s. 91.

Hasta Hakları Yönetmeliği, hasta haklarını bir bütün olarak düzenleme altına almış olması nedeniyle oldukça önemlidir; ancak hukukun temel taşlarından biri olan hak kavramının, özellikle de hakkın ihlali halinde uygulanacak yaptırımların kanun yerine yönetmelik ile düzenlenmiş olması açısından hukuka uygun bir düzenleme olmadığı öğretilmektedir. Öğretideki bu görüş tarafından kanunun düzenlediği çerçevede yönetmelik ile hak düzenlenebilirse de ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımların belirlenmesi ancak ve ancak yasa ile olabileceğinin altı çizilmiştir. Bu bağlamda yaptırımdan yoksun bir düzenleme sonucunda herkesin söz konusu haktan yararlanmasının mümkün olmayacağı, dolayısıyla hakkın kullanımının sınırlanmış olacağı belirtilmektedir¹⁰⁸. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin dayanağı olan Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda hasta haklarının ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımların düzenlenmediği görülmekte, söz konusu yaptırımların Yönetmelik ile düzenlendiği dikkati çekmektedir. Öğretideki görüş doğrultusunda kanaatimizde de Yönetmelik'in 46. ve 47. maddelerinde düzenlenen hasta haklarının ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımların esasen kanun tarafından hüküm altına alınması, kanun ile düzenlendikten sonra kanunun çizdiği çerçeve içerisinde yönetmelik ile düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

Sağlık hakkının yalnızca bir bölümünü oluşturan hastaların haklarının bir yönetmelik ile düzenlenmesi, hastalar dışındaki diğerlerinin haklarının yönetmelikte düzenlenmemesi, hakkın bütünlüğünü bozması nedeniyle öğretilmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre sağlık hakkının bütünlüğünün sağlanabilmesi için sağlık alanındaki tüm ilgililerin haklarının sınırlarının belirli hale getirilebilmesi, ilişkilerin daha düzenli olabilmesi amacıyla sağlık hakkının yalnızca hastaları değil, tüm ilgilileri kapsayacak şekilde bir bütün halinde, demokratik bir ortamda, geniş bir bakış açısıyla yönetmelikle düzenlenmesi, sağlık alanında huzurlu, barış içinde ve güvenli bir ortamın oluşmasını da sağlayacaktır¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Çınar, s. 91-92.

¹⁰⁹ Çınar, s. 92.

h. 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)

Sağlık alanındaki reformlarla 181, 663, 694 sayılı KHKlar ile şekillenen sağlık hizmeti idari teşkilatı, 2018’de 30473 sayılı R.G.’de yayımlanan 703 sayılı KHK ile son şeklini almıştır¹¹⁰.

703 Sayılı KHK.m.4’te Sağlık Bakanı’nın Sağlık Bakanlığı’nın en üst amiri olduğu, Bakanlık faaliyetleri ile Bakanlık çalışanlarının faaliyet ve işlemlerinden Cumhurbaşkanı’na karşı sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı’na bağlı Müsteşar ve Müsteşar yardımcılığı pozisyonu bu KHK ile kaldırılmış olup, Sağlık Bakanına yardımcı olması amacıyla Bakan Yardımcılığı pozisyonu düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı’nın bağlı kuruluşları halen varlığını sürdürmekle birlikte, bağlı kurul niteliğindeki “Yüksek Sağlık Şurası”nın varlığına son verilmiştir.

1. 1 Nolu ve 4 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (CBK)

2017’de 6771 Sayılı Kanun ile gerçekleştirilen anayasa değişikliğinden sonra AY.m.104’te Cumhurbaşkanı’na tanınan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi sonucunda 2018’de 30747 sayılı R.G.’de yayımlanan 1 Nolu CBK ve 30479 sayılı R.G.’de yayımlanan 4 Nolu CBK ile sağlık hizmeti idari teşkilatında değişiklik yapılmıştır. Sağlık Bakanlığı merkez teşkilatı 1 Nolu CBK’nın 12. bölümündeki 352-384. maddeleri arasında yeniden düzenlenmiş, 353-370. maddeleri arasında hizmet birimleri ve görevleri tanımlanmıştır. Aynı zamanda Cumhurbaşkanı’nın politika kurullarının başkanı olması ve böylece Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu aracılığıyla sağlık politikasının belirlenmesinde doğrudan söz sahibi olması hüküm altına alınmıştır. 4 Nolu CBK’nın 1. maddesinde Adli Tıp Kurumu ile giriş yapılmış, 506-519. ve 651-678. maddeleri arasında Sağlık Bakanlığı’nın bağlı

¹¹⁰ **Yılmaztürk, Aysun** (2013) “Türkiye’de Sağlık Reformlarının Tarihsel Gelişimi ve Sağlıkta Dönüşüm Programı’nın Küresel Niteliğinin Değerlendirilmesi”, Sosyal Bilimler Araştırmaları, Sa. I, C. 8, ss. 176-188, s. 186; **Günaydın, Davuthan** (2011) “Sağlık Hizmetlerinde Küresel Reform Yaklaşımları”, Sosyal Siyaset Konferansları, Sa. 60, C. 0, ss. 323-365, s. 323.

kuruluşlarının yetki, görev ve sorumlulukları ile teşkilat yapısı düzenlenmiştir¹¹¹.

II. Sağlık Hakkını Koruyan ve Sağlık Hizmetinin Dayanağı Olan Başlıca İlkeler

Sağlık hakkı ile sağlık hizmeti, yalnızca hukuki düzenlemeler ile güvence altına alınmamakta ve dayanağı kavuşmamakta, aynı zamanda birçok ilke bu görevleri desteklemekte olup, söz konusu ilkelerin çalışmamızın bu kısmında açıklanması gerekmektedir.

A. Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa Mahkemesi kanunların, Anayasa'ya uygun olmasından önce bilinen ve tüm uygar devletlerde hâkim olan ilkelere, yani hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiğini belirtmiştir¹¹². Hukukun genel ilkeleri, felsefi, ahlaki, ekonomik ve sosyolojik alanlarda toplum tarafından ortak olarak benimsenen kavramların hukuk dilindeki anlatımı olarak tanımlanabilir¹¹³. Anayasa Mahkemesi hukuk devletini, söz konusu hukukun genel ilkeleri ve hukukun üstün kuralları ile kanunların da üzerinde, kanun koyucunun da ihlal edemeyeceği temel hukuk prensiplerine bağlı, insan haklarına saygılı, hak ve özgürlükleri güçlendiren, adaletli bir hukuk düzenini sürdüren devlet şeklinde tanımlamaktadır¹¹⁴. Hukukun genel ilkeleri, iyi niyet, özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanması, ahde vefa, kesin hükme saygı, kanunların geriye yürümezliği, devlete (ve kanuna güven), kazanılmış haklara

¹¹¹ Durmuş, Ayhan/Durmuş, Merve Nur (2019) "Sağlık Bakanlığı Teşkilat Yapısı", Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma, Sa. 2, C. 5, No. 2, ss. 216-229, s. 225.

¹¹² AYM, E.1963/166, K.1964/76, K.T.22.12.1964, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0c083aa1-96f0-4e67-8f67-6d74a867fa56?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>, s.e.t.17.02.2020.

¹¹³ Kaboğlu, İbrahim Ö., "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf> , s.e.t.17.02.2020, s. 291,310.

¹¹⁴ AYM, E.1985/31, K.1986/11, K.T.27.03.1986, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/837e7b82-f11e-4ebc-b508-da594476a15c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>, s.e.t.17.02.2020.

saygıdır¹¹⁵. Hukuk devletinin hukukun genel ilkelerini içermesinin¹¹⁶ yanı sıra, özgürlükler hukukunun eksen kavramlarını da içerdiği belirtilmektedir¹¹⁷.

Bireylerin özgürlüğünü amaç edinen hukuk devleti¹¹⁸, devletin tüm faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlet olarak tanımlanmaktadır. Hukuk devletinin egemen olduğu bir devlette, hukukun güvenliği ve üstünlüğünü temel alan bir düzenin kurulması¹¹⁹ ve bireylerine hukuki güvence sağlama¹²⁰ esas alınmıştır.

Çağdaş demokratik ülkelerde, bazı düzenlemeler ile hukuk devleti ilkesi sisteme kazandırılmaktadır. Bu düzenlemelerin ilki, anayasanın üstün ve bağlayıcı olması¹²¹ ilkesi, kanunların anayasaya uygun olması ilkesi ve insan haklarının güvence altına alınması ilkesi gibi devlet faaliyetlerinin hukuka uygun olmasını sağlayan ilkeler ile kuralların benimsenmesidir¹²². İkinci düzenleme, devletin faaliyetlerinin hukuka uygun olmasını sağlayacak mekanizmaların getirilmesidir. Bu mekanizmalar ile idari işlemlerin kanunlara uygun olması, yasama organının işlemlerinin anayasa uygun olması sağlanacaktır. Üçüncü düzenleme ise devletin faaliyetlerinde hukuka uygun

¹¹⁵ **Yüzbaşıoğlu, Necmi** (1993) Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 18-24.

¹¹⁶ **Özbudun**, s. 137-138.

¹¹⁷ **Kaboğlu**, s. 314.

¹¹⁸ **Huber, Ernst Rudolf** (1970) “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. XXVII, Sa. 3-4, ss. 27-51, (Çeviren: Ansay, Tuğrul), s. 28; **Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat** (2016) Genel Kamu Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Der, s. 376.

¹¹⁹ **Araslı, Utkan** (2015) Anayasal Temel İlke ve Kavramlar, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, s. 47; **Öztürk, Bahri** (2003) “Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 2, Sa. 1-2, ss. 39-80, s. 39; **Erdoğan, Mustafa** (2001) Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 3. Baskı, Ankara, Liberte, s. 87,160-162.

¹²⁰ **Demir, Fevzi** (2017) Anayasa Hukuku, 10. Baskı, İzmir, Birleşik, s. 410-412; **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 369; **Soysal, Mümtaz** (1997) 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, İstanbul, Gerçek, s. 164; **Kaboğlu, İbrahim Ö.** (1990) “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi” İnsan Hakları Yıllığı, Sa. 12/1, s. 146.

¹²¹ **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2016) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta, s. 108.

¹²² **Araslı**, s. 47; **Öztürk**, s. 39-40.

hareket etmesini sağlayacak olan yargı erkinin devletin diğer erklerinden bağımsız olmasının sağlanmasıdır¹²³. Öğretide hukuk devletinin adaletin sağlanması, güvenliğin oluşturulması ve insan haklarının korunması şeklinde üç temel unsur üzerine yerleştiği şeklinde düşünülmektedir¹²⁴.

Türkler'in Magna Carta'sı olarak nitelendirilen 1808'de imzalanan Sened-i İttifak, Türkiye'de hukuk devletine dair ilk atılan adımdır¹²⁵. 1921 ve 1924 Anayasaları'nda ancak bağımsız, ulusal ve laik bir devletin kurulmasını içeren hükümlerin anayasada düzenlenebilmesi¹²⁶ nedeniyle henüz hukuk devleti ilkesi gündeme gelebilecek durumda değildi¹²⁷. 1921 Anayasası, "egemenliğin kayıtsız, şartsız millete ait olduğu"nu düzenlemesi¹²⁸, 1924 Anayasası'nda vatandaşların haklarının devlet tarafından verilmediği, aksine bireylerin bu haklara doğuştan sahip olduğu anlamına gelen "doğal haklar ilkesi"¹²⁹ nin benimsenmesi hukuk devletinin yerleşmesi bakımından önem arz etmektedir¹³⁰. 1961 Anayasası'nda, hukuk devleti ilkesi açıkça düzenlenerek, anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri arasında yer almıştır, hukuk devleti ilkesi kuvvetli bir şekilde vurgulanmıştır¹³¹. 1982 Anayasası ise T.C.'nin bir hukuk devleti olduğunu 2. maddesinde belirterek düzenlemiş olsa da devletin bazı faaliyetlerini hukuk denetimi dışında bırakması nedeniyle hukuk devleti ilkesini zayıflattığı yönünde öğretide eleştirilmektedir¹³².

¹²³ **Uygun, Oktay** (2013) Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 388-389; **Soysal**, s. 164-165; **Özbudun**, s. 126-139; **Kaboğlu** (1990), s. 143-144; **Erdoğan** (2001), s. 162.

¹²⁴ **Demren Dönmez, Burcu** (2012) "Ayrımcılık Suçu" Türkiye Barolar Birliği, Sa. 102, ss. 9-58, s. 14.

¹²⁵ **Demir, Fevzi/Bakıcı, Zeynel/Çınarlı, Serkan** (2011) Etkin Demokratik Hukuk Devleti, 1. Baskı, Ankara, Orion, s. 17; **Kaboğlu** (1990), s. 139.

¹²⁶ **Uygun**, s. 391.

¹²⁷ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 108.

¹²⁸ **Demir/Bakıcı/Çınarlı**, s. 121.

¹²⁹ **Shestack, Jerome J.** (2006) "İnsan Haklarının Felsefi Temelleri" Liberal Düşünce, C. 11, No. 43, ss. 87-119, s. 92-94.

¹³⁰ **Uygun**, s. 392; **Kaboğlu** (1990), s. 155-157.

¹³¹ **Kaboğlu** (1990), s. 158-161.

¹³² **Uygun**, s. 395; **Kaboğlu** (1990), s. 161-164.

AYM'nin 1963'te vermiş olduğu bir kararında¹³³ hukuk devleti yalnızca şekli olarak değil maddi olarak da tanımlanmıştır. Devletin faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması ile birlikte, hukuk kurallarının da insan haklarını koruyan, adil ve temel hukuk kurallarına uyan nitelikte olması gerekmektedir. Kararda, hukuk devleti ilkesinin içeriği hem anayasa hem de anayasanın ötesindeki ilkelerle somut hale getirilmiştir. İnsan hakları ile anayasaya saygı, adalet, eşitlik ve yargı denetimi anayasanın metninden ortaya çıkan prensiplerdir.

Temel hak ve özgürlüklerden biri olan sağlık hakkı¹³⁴ da ancak ve ancak hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi ile vatandaşlara tanınabilir. Kaldı ki devletin sağlık hakkından bireylerin yararlanmasına yönelik yapmış olduğu faaliyetlerden olan sağlık hizmeti de ancak hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi ile uygulamaya geçen denetim mekanizmaları ile hukuka uygun bir şekilde yerine getirilebilir. Hukuk devleti ilkesi, AYM'nin de kararından anlaşılacağı üzere diğer tüm ilkelerin temelindeki ilkedir. Sağlık hakkının korunmasına ilişkin diğer ilkeler olan sosyal devlet, insan onurunun korunması, eşitlik ve özel hayatın gizliliği ilkeleri ancak bir ülkede hukuk devleti ilkesi hakim ise söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesi sağlık hakkının korunması ile sağlık hizmetinin dayanağının oluşturulması açısından büyük önem taşıyan, en temelde yer alan ilkedir.

B. Sosyal Devlet İlkesi

Kökleri 19. yüzyıla uzanan; fakat 20. yüzyılın ürünü olan¹³⁵ sosyal devlet, vatandaşlarına asgari düzeyde yaşam sağlamayı¹³⁶, vergi adaletini,

¹³³ AYM, E.1963/124, K.1963/243, K.T.11/10/1963, <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb2d4895-a40f-44ee-8492-831a8d126401?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>>, s.e.t.17.02.2020.

¹³⁴ **Temiz** (2013), s. 135-136; **Temiz** (2014), s. 172.

¹³⁵ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 104.

¹³⁶ **Balkır, Zehra Gönül** (2009) Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, 1. Baskı, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Yayınları Yayın No. 335, s. 48; **Polatcan, İsmet** (1989) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, 1. Baskı, İstanbul, Bayrak, s. 35; **Duman, İlker Hasan** (1997) Sosyal Devlet, 1. Baskı, İstanbul, İnkılap, s. 32.

kamulaştırma ve devletleştirmeyi, planlama ile sosyal hakların bireylerce kullanılmasını hedefleyen¹³⁷, onların refahı ve sosyal durumlarıyla ilgilenen devlet olarak tanımlanmaktadır¹³⁸. Sosyal adalet, sosyal refah ve sosyal güvenlik ilkelerini¹³⁹ dayanak alan devlet şekli yahut ekonomik ve sosyal açıdan zayıfları koruyan devlet şekli olarak da öğretilen sosyal devleti tanımlayanlar¹⁴⁰ mevcuttur. Sosyal devlet başka bir tanımla, devletin tüm eylem ve işlemlerinde kamu yararını göz önünde bulundurarak hareket etmesidir¹⁴¹. Sosyal devlet ilkesini benimsemiş yönetimlerde devlet, hem kendisi bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmeyecek hem de başkalarının da bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmesini engelleyecek ve hak ile özgürlüklerin kullanılmasını önleyen tüm engelleri kaldıracaktır¹⁴². Bu anayasal yükümlülükleri devlete veren sosyal devlet ilkesi, hukuk devletinin ileri bir aşaması olmasının yanı sıra, varmış olduğu çağdaş bir düzen olarak da nitelendirilmektedir¹⁴³. Temel amacı herkesin iyiliğini sağlamak olan sosyal devlet ilkesini¹⁴⁴ benimsemiş devletler, toplumda var olan eşitsizlikleri gidermek suretiyle, bireyin eğitimi, ailesinin korunması, iş bulması, sağlığı ve konutu gibi alanlarda geniş görevler alarak¹⁴⁵ vatandaşlarına insan onuruna uygun bir yaşam seviyesini sunmayı da amaçlamaktadır¹⁴⁶.

Demokratik ülkelerce benimsenmiş olan hukuk devletinin de bir gereği sosyal devlet anlayışı 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" ifadesi ile anayasalarımıza

¹³⁷ Özbudun, s. 147-156; Gözler, Kemal (2012) Kısa Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Ekin, s. 154-155; Erdoğan (2001), s. 158; Tanilli, Server (2007) Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul, Alkım, s. 147.

¹³⁸ Erdoğan (2001), s. 159.

¹³⁹ Polatcan, s. 35.

¹⁴⁰ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 106.

¹⁴¹ Balkır, s. 47.

¹⁴² Demir (2017), s. 353; Tanilli, s. 147-148.

¹⁴³ Özay, İl Han (2002) Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa, s. 76.

¹⁴⁴ Huber, s. 28; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 376.

¹⁴⁵ Araslı, s. 99.

¹⁴⁶ Sabuncu, Yavuz (2007) Anayasaya Giriş Ek: 1982 Anayasası, 13. Baskı, Ankara, İmaj, s. 151,153; Temiz (2014), s. 176.

girmiş, 1982 Anayasası'nda da yine 2. maddede “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*” şeklinde yerini korumuştur.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından batı demokrasilerinde sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle anayasalara sosyal ve ekonomik haklar girmiştir. Sosyal devlet anlayışında devlet, sosyal hakları bir iktisadi öğreti olarak görmenin aksine, bu hakları hümanizm ve adalet duygusunun ürünü sayarak şans ve olanak eşitliği içerisinde tüm bireylere uygulanmasını sağlar¹⁴⁷. Sosyal haklardan biri olan sağlık hakkı¹⁴⁸ gereğince herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşama hakkı, sağlık koşullarına uygun meskenlerde barınma hakkı ile gelecek ve yoksulluk korkusundan kurtulma hakkı bulunmaktadır. Devlet kişilerin bugünü ve yarınını kurtaracak, koruyup güvence altına alacak, herkesin sağlık koşullarına uygun meskenlerde barınmalarını sağlayacaktır¹⁴⁹.

Bireyin sağlıklı ve onurlu bir yaşam sürmesi adına sağlık hizmetinden olabildiğince eşit ve adil bir şekilde yararlanmasında sosyal devlet ilkesinin önemi yadsınamaz bir gerçektir. Sosyal devlet ilkesinin uygulanması ile sağlık hakkı da koruma altına alınmış olacak ve bireyler bu haktan tam anlamıyla yararlanabileceklerdir¹⁵⁰. Özel hastane kamu hastanesi fark etmeksizin acil serviste ücret alınmadan hastaların tıbbi müdahale ile tedavi edilmesi bu ilkenin getirdiği bir uygulamadır¹⁵¹. Kanaatimizce acil bir müdahale gerekmesi halinde bireyin parasının olup olmaması önem taşımamalı, önemli olan bireyin ruh ve beden sağlığının tam olarak sağlanması olmalıdır. Devlet, sosyal devlet ilkesi

¹⁴⁷ Duman, s. 23-24.

¹⁴⁸ Temiz (2013), s.4; Temiz (2014), s. 168,185.

¹⁴⁹ Göze, Ayferi (2005) Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet, 4. Baskı, İstanbul, Beta, s. 150-152; Göze, Ayferi (2015) Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 15. Baskı, İstanbul, Beta, s. 408-410.

¹⁵⁰ Çınar, s. 18.

¹⁵¹ Kalemoglu, Murat, (2005) “Acil Serviste Hekim Sorumluluğu” Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri, C. 25, Sa. 6, ss. 824-828, s. 826.

gereğince kişilerin maddi durumunu gözetmeksizin sağlık hakkından yararlanmalarına yönelik gereken her imkanı tanınmalıdır.

Sağlıklı yaşamın gerçekleştirilebilmesi için sosyal devlet ilkesi çerçevesinde devlet tarafından sağlık hakkının yanı sıra, barınma, beslenme, eğitim, çalışma ve hatta sosyal güvenlik gibi hakların da bireye sunulması ve bu hakların bir bütün halinde uygulanması yönünde de çalışmalar yapılması gerekmektedir¹⁵². Anayasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde de bu hususa yer verilerek, "...Modern Anayasa, asgari geçim şartlarından, sıhhi bakımdan, öğrenim imkanlarından ve hele barınacağı bir konuttan yoksun bir kişinin gerçek anlamda hür olamayacağını kabul eden zamanımızın hukuk ve siyaset ilmine ve devlet görüşüne uygun olarak fertlere ve vatandaşlara sosyal birtakım haklar tanımak zorundadır..." ifadeleriyle sağlık bakımından vatandaşlara haklar tanınmasının yanı sıra, diğer alanlarda da devletin yükümlülükleri açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda sosyal devlet ilkesi tüm ilke ve kurumlarıyla uygulanmadıkça, aynı zamanda sağlık hakkı da diğer haklarla desteklenmedikçe bireyler sağlıklı yaşama hakkına kavuşamayacaktır. Devlet, sosyal devlet ilkesinin tüm gereklerine uygun bir şekilde hareket etmeli, bireyin ve dolayısıyla toplumun sağlık hakkı ile diğer haklara kavuşmasını sağlamalı, sağlık hizmetini gereği gibi yerine getirmelidir. Keza AYM'nin de bu yönde kararları¹⁵³ bulunmaktadır.

¹⁵² Bayraktar, Köksal (1972) Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 768, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 391, Sermet Matbaası, s. 18.

¹⁵³ Nitekim AYM'nin bu konuya ilişkin bir kararına bkz.: "...Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak Devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif yükümlülük yüklemiş, Devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmuştur. Bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık hakkından yararlanma konusunda en geniş ölçekli uygulamaların gerçekleştirilmesi gerekir. Sağlık hizmeti sunumunun diğer hizmetlerden farklı olduğu açıktır..." AYM, E.2014/61, K.2014/166, K.T.07.11.2014, 29391 Sayılı R.G., Y.T.19.06.2015.

C. İnsan Onurunun Korunması İlkesi ve İşkence Yasağı

1. İnsan Onuru Kavramı

Öğretide hem hak yaratıcı hem de yorumlayıcı bir kavram olarak ele alınan¹⁵⁴ insan onuruna dair ilk açıklamayı yapan Cicero, bireyin insan olmaktan doğan öz değerini açıklamaktansa bireyin toplum içindeki değerini, sosyal statüsünü ve yükümlülüklerini ifade etmektedir. “İnsan değeri” her durumda saygının varlığının gerektiğini, insani öz anlamına geldiğini, tüm insanların onur bakımından eşit olduğunu vurgulamaktadır¹⁵⁵. Öğretide Baviera Anayasa Mahkemesi’nin 1948’deki “*insanın kişi olarak en yüksek ahlaki ve akli değerleri ile birlikte dokunulmaz, kaybedilmez bir öz değer de sahibi olması*” şeklinde insan onurunu tanımlayan kararını destekleyen görüşler mevcuttur¹⁵⁶. İnsan onurunun bünyesinde saygı, aydınlanma, güç, iyi hal, yetenek, sevgi, dürüstlük ve sağlık şeklinde sekiz değeri barındırdığı da öğretide belirtilmiştir¹⁵⁷.

İnsanın salt insan olması nedeniyle değerli ve saygıya layık bir varlık olması şeklinde de tanımlanan¹⁵⁸ insan onuru kavramı, Türk anayasalarında

¹⁵⁴ **Barroso, Luis Roberto** (2012) “Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, Boston College International and Comparative Law Review, Volume 35, Issue 2, Article 2, <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2/>>, s.e.t.17.02.2020.

¹⁵⁵ **Uygun**, s. 46.

¹⁵⁶ **Bulut, Nihat** (2008) “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. XII, Sa. 3-4, ss. 1-12, s. 2; **Şimşek, Oğuz** (1999) “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması” (Doktora), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 65; **Arslan, Kahan Onur** (2015) “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması” Türkiye Barolar Birliği, Sa. 120, ss. 155-172, s. 156; **Aldanmaz, Orhan** (2010) “İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. XIV, Sa. 1-2, ss. 79-109, s. 84.

¹⁵⁷ **Mcdougal, S. Myres/Chen, Lung-chu/Lasswell, Harold D.**, (1977) “Human Rights in World Public Order: Human Rights in Comprehensive Context”, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2665, Yale, <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2665/>, s.e.t.17.02.2020, s. 231-236; **Shestack**, s. 111.

¹⁵⁸ **Seymen Çakar, Ayşen** (2013) “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru” Umut Vakfı Araştırma Merkezi 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, ss. 1-8, s. 1-3; **Arslan**, s. 157.

temel bir hak olarak görülüp doğrudan bir hükümlerle koruma altına alınmamasına rağmen, “...onurlu bir yaşam sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hakkı...” şeklinde Anayasa'nın başlangıç kısmında yer alan ifadeler ve AY.m.13'te bulunan “...Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” düzenlemeleri gereği, Türk Anayasa sisteminde önemli rol oynamaktadır. Kaldı ki insan onuru, yalnızca başlangıcın 8. paragrafı ile değil, diğer temel haklar ile de koruma altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nda düzenlenen bütün temel haklar insan onurundan kaynaklanmakta olup, insan onuru gereğince gerekli görüldüğü için düzenlenen, insan onurunun bağımsızlaşmış parçaları özelliğini göstermektedir¹⁵⁹.

Akıllı bir varlık olan insanın özgür bir şekilde ahlaki davranarak oluşturduğu insan onuruna¹⁶⁰ dair sağlık hakkı ve sağlık hizmeti bağlamında birçok uluslararası belge bulunmaktadır. 1999'da yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi bir sözleşme olup, taraf devletlere yükümlülükler yüklemektedir¹⁶¹. Biyoetik konusunu insan hakları çerçevesine oturtan ilk bağlayıcı belge niteliğini taşıyan bu Sözleşme, insan kimliği ile onuruna hayat başlar başlamaz saygı gösterilmesi gerektiğini ilke edinmiştir. 1997'de UNESCO tarafından yayınlanan İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde biyoloji, genetik ve tıp alanlarında hiçbir araştırma yahut araştırmanın ardından yapılan uygulamanın insan onurunu ihlal edemeyeceği belirtilmiştir. UNESCO'nun 2005'te kabul ettiği Biyoetik ve İnsan Hakları

¹⁵⁹ **Önok, Murat** (2006) Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 351; **Gören, Zafer** (1993) Temel Hak Genel Teorisi, 2. Baskı, İzmir, Cumhuriyet, s. 128; **Şimşek**, s. 251; **Erdem, Mustafa Ruhan** (2001) Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 240.

¹⁶⁰ **Heinzmann, Richard** (2010) “İnsan ve İnsan Onuru-Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”, ss. 53-65, <<http://www.konrad.org.tr/Islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf>>, s.e.t.17.02.2020, s. 61.

¹⁶¹ **Temiz** (2013), s. 81-83.

Evrensel Bildirisi'nde tüm insanların onur ve haklarının eşit olduğu ve tüm insanlara adil ve hakkaniyete uygun olarak davranılması gerektiği vurgulanmıştır. 1997'de yayımlanan Şimdiki Nesillerin Gelecek Nesillere Yönelik Sorumlulukları Bildirisi'nde, insan onurunu ihlal etmeden insan genomu ile biyoçeşitliliğin koruma altına alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁶².

Sağlık hakkının gereği olarak bireyler sağlık hizmetinden yararlanırken, bireylere tıbbi müdahaleler uygulanırken insan onuruna aykırı hareket edilmemesi, söz konusu ilkenin ihlali niteliğinde olabilecek davranışlardan, müdahalelerden kaçınılması gerekmekte, bu nedenle bu ilke sağlık hakkının korunması için önem taşımaktadır.

2. İşkence Yasası

İşkence yasağı birçok uluslararası belgede düzenlenmiş olup¹⁶³, özellikle AIHS.m.3'te "*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*" ifadeleri ile hüküm altına alınmış, yasak kapsamında işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaların yasak olduğu belirtilmiştir. Kişinin fiziksel bütünlüğü ile birlikte onurunu koruyan bu yasaklar mutlak olup, kişinin işlediği suçun önemine bakılmaksızın bu tip muamele ve cezalara tabi tutulması hiçbir zaman söz konusu olamaz¹⁶⁴. AY.m.17'de ise "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz...*" ifadeleri ile işkence, eziyet ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele ve cezaların yasak olduğu düzenlenmiştir. Yaşama hakkının bir sonucu olarak

¹⁶² **Gürbüz, Nagehan** (2014) *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 28-36.

¹⁶³ **Döner**, s. 53 vd.; **Demirbaş, Timur** (2016) *İşkence Suçu*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 41-48; **Gemalmaz**, s. 795-929.

¹⁶⁴ **Güntürk, Mümin Serdar** (2012) *Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 34.

görülen vücut bütünlüğünü koruma hakkına aykırı davranışlar¹⁶⁵, AY.m.17/3'te açıkça yasaklanmıştır. Vücut bütünlüğünü koruma hakkı, AİHS.m.3'te düzenlendiği gibi mutlak bir haktır; ancak vücut bütünlüğüne dokunulma yasağının AY.m.17/2'de açıkça ifade edildiği üzere “tıbbi zorunluluk” ve “kanunda yazılı haller” olmak üzere iki istisnası bulunmaktadır¹⁶⁶. Vücut bütünlüğü ile kastedilen, hem maddi yani fiziksel, biyolojik varlık hem de manevi varlık yani akıl ve ruh sağlığıdır¹⁶⁷. Kişi bütünlüğü ile kastedilen, beden ve ruhsal sağlığının yanı sıra, hayat varlığının haricinde olan ve kişinin maddi varlığı kapsamında bulunan güzellik gibi her türlü değerler bütünüdür¹⁶⁸. İşkence yasağı ile korunmak istenen, işkenceye uğrayan kişinin ruh ve beden bütünlüğü ile onuru, yaşama hakkıdır¹⁶⁹. Kaldı ki işkence suç olarak, TCK.m.94'te hüküm altına alınmış ve bu suçun gerçekleşmesi halinde uygulanacak cezalar da ilgili maddede düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusu olan sağlık hakkı gereği icra edilen sağlık hizmetinin kapsamında bulunan tıbbi müdahaleler istisnaya dahil olmaktadır; ancak belirtilmelidir ki kişinin rızasıyla tıbbi müdahale yahut deney yapılırsa dahi yapılan bu müdahaleler, yaşama ve vücut bütünlüğünü koruma hakkını tehlikeye düşürebilecek özellik arz etmemelidir. Kişi, yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünü ihlal eden fiiller için ancak hukuk düzeninin izin verdiği konularda izin verebilir. Kişinin rızası olmadan kişiye tıbbi müdahale yapılabilmesinin de tek şartı ancak ve ancak

¹⁶⁵ **Gökcan, Hasan Tahsin** (2017) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 47.

¹⁶⁶ **Doğru, Osman** (2010) Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 8.

¹⁶⁷ **Nuhoğlu, Ayşe** (1999) “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu” Prof.Dr.Sahir Erman’a Armağan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No. 8, İstanbul, s. 555; **Üzülmez, İlhan** (2003) Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 66-67; **Önok**, s. 354.

¹⁶⁸ **Toroslu, Nevzat** (1970) Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, Sevinç, s. 320; **Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner** (2006) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Turhan, s. 104; **Önok**, s. 354.

¹⁶⁹ **Demirbaş**, s. 82; **Artuk/Gökcen/Yenidünya**, s. 105; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2015) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 244; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat** (2016) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 269-270.

yaşamının ve vücut bütünlüğünün tehlikede olması ve bilincinin de yerinde olmamasıdır¹⁷⁰.

1987’de yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme işkencenin tanımı açısından önem teşkil etmektedir. AİHM de kararlarında bu Sözleşme’deki tanımı benimsemiştir. Bu tanıma göre işkence, *“İkrar veya bilgi elde etmek, işlenmiş veya işlendiğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir.”* Sözleşme ve bildirilerdeki tanımlar ile öğretilerdeki tanımları toparlarsak oluşan bir tanım da, *“Bir kamu görevlisi veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından, mağduru adli kovuşturmayla ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da işlediği veyahut işlediğinden şüphe edilen bir fiil ya da herhangi temel dayalı ayrımcılık sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğurarak ya da herhangi bir şekilde insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı harekettir.”*¹⁷¹ Bu tanımlar ışığında işkence üç unsurdan oluşmaktadır. İlk unsur çekilen acının yoğunluğu, ikinci unsur kast ve son unsur ise özel bir amacın varlığıdır. AİHM işkence ile diğer yasaklı muameleleri ayırt etmek için amaç unsuruna dikkat etmektedir¹⁷².

İşkencenin unsurlarını taşımasa da asgari bir ağırlık seviyesine ulaşan¹⁷³ muamele, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yahut ceza olarak nitelendirilir¹⁷⁴. Bu kavramlar, işkencenin gölgesinde kalmaması maksadıyla

¹⁷⁰ Gökcan, s. 47.

¹⁷¹ Önok, s. 33.

¹⁷² Demirbaş, s. 55; Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri, s. 136; Anayurt, Ömer, (2008) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. II, Sa. 1-2, ss. 421-459, s. 425, 431; Akgül, Aydın (2014) “İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri” Türkiye Barolar Birliği, Sa. 112, ss. 189-236, s. 201.

¹⁷³ Anayurt, s. 425; Öztürk, s. 41.

¹⁷⁴ Doğru, s. 8-9.

Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesine İlişkin Sözleşme’de, “*diğer işkence biçimleri*” olarak adlandırılmıştır¹⁷⁵. Hareketin nitelik farkına göre değil, yoğunluk farkına göre¹⁷⁶ ayırım yapıldığı ve farklı isimlerle adlandırıldığı görülmektedir¹⁷⁷. Alçaltıcı veya kötü muamele, mağdurda korku, acizlik veya değersizlik duygusunu ortaya çıkaran, mağduru büyük ölçüde utandıran, rezil eden muamele anlamına gelirken, insanlık dışı muamele, bedensel yahut ruhsal açıdan şiddetli acı, eza yaratan kasti muameledir¹⁷⁸.

AİHS’te en hafif muamele alçaltıcı ve kötü muamele iken orta ağırlıktaki muamele insanlık dışı muamele, en ağır olan muamele ise işkence olup, üç kavram kademeli olarak düzenlenmiştir¹⁷⁹. Her işkence, insanlık dışı muamele yahut onur kırıcı muamele olabilir; ancak her onur kırıcı muamele insanlık dışı muamele ya da işkence değildir¹⁸⁰. Durumun özellikleri, gerçekleştiği ortam, kişinin davranışının niteliği, fiziksel yahut ruhsal etkileri, süresi, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu ve olayın kişi üzerinde devam etmekte olan etkisi gibi ölçütler asgari eşik olarak nitelendirilir ve muamelenin ağırlığının belirlenmesinde dikkate alınır¹⁸¹.

AİHS m.3’e göre devlet yetkilileri üç tür yükümlülüğü haizdir. İlki negatif yükümlülük olarak işkence ve kötü muamele yapılmaması, ikincisi pozitif yükümlülük olarak kişileri işkence ve kötü muameleye karşı koruma, üçüncüsü ise yine bir pozitif yükümlülük olarak herhangi bir işkence yahut kötü muamele olması halinde soruşturmanın yapılmasıdır. Devletin bireyi aile içi şiddet dâhil olmak üzere üçüncü kişilerin ruhsal veya fiziksel her türlü yaralama, cinsel istismar veya saldırılarına karşı koruması, nezarethanedeki, ceza evinde,

¹⁷⁵ Anayurt, s. 426.

¹⁷⁶ Demirbaş, s. 56.

¹⁷⁷ İnceoğlu, Sibel/Boyar, Oya/Karan, Ulaş/Akbulut, Olgun/Arslan Öncü, Gülay/Tokuzlu, Lami Bertan (2013) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s. 138; Önok, s. 172, Gözübüyük/Gölcüklü, s. 214.

¹⁷⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri, s. 135; Önok, s. 170-171.

¹⁷⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri, s. 135; Önok, s. 172.

¹⁸⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 214.

¹⁸¹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 214; Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri, s. 134; Demirbaş, s. 57.

yabancıları tutma merkezlerinde¹⁸² bu tip davranışlara karşı kişileri koruması bu yükümlülüklerine örnek olarak verilebilir. Bir diğer önemli örnek ise konumuz açısından büyük öneme sahip olan sağlık hakkını kullanarak her türlü hastanede sağlık hizmetlerinden yararlanan hastanın kasten yahut ihmalle ruhsal ve fiziksel acı çekmelerinin devlet tarafından önüne geçilmesi gerekliliğidir. Bu nedenle işkence yasağı ilkesi de sağlık hakkının korunması ve sağlık hizmetinin hukuki temellerinin kurulması açısından büyük öneme sahip olan bir ilkedir.

Ç. Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

1. Eşitlik Kavramı

Eşitliği tanımlamak için Aristoteles, John Locke, Herakleitos, Rousseau, Sokrates, Kant, Marx gibi Avrupalı düşünürlerin tanımları¹⁸³ bulunmasının yanı sıra, eşitlik kavramı toplumdan topluma değişiklik göstermektedir. Kimi toplumda tüm vatandaşlar arasında tam eşitlik kimi toplumda ise kişi yahut azınlık grubunun temel alınarak diğerlerinden üstün tutulduğu, bu kişiler dışında kalan çoğunluk arası eşitlik sağlandığı görülmüştür¹⁸⁴. Modern eşitlik kavramı ise “kanun önünde eşitlik”¹⁸⁵, “bütün insanların eşit işlem görmeye hakkı olduğu” ve bu sayede “insanlara eşit işlem yapılması gerekliliği” anlamına gelen “Bütün insanlar eşittir.” yahut “Bütün insanlar eşit onur ve değerdedir.” şeklinde tanımlanabilir¹⁸⁶. Eşitlik, benzer durumdaki gerçek kişi yahut tüzel kişilerden bir bölümüne daha çok veya geniş hak ile yetkilerin tanınmaması

¹⁸² Doğru, s. 9-10.

¹⁸³ Kapani, Münci (2013) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 32; Şenel, Alaeddin (1970) Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne, 1. Baskı, Ankara, Sevinç, s. 149, 375; Uygun, s. 47-48; Turner, Bryan (2013) Eşitlik, 4. Baskı, Dost, Ankara, s. 59; Altınordu, Fazıl (2012) AİHS'ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 5-8; Serozan, Rona (2013) Marx/Engels Devlet ve Hukuk Üzerine, 3. Baskı, İstanbul, Çağdaş Hukukçular Derneği, s. 61,89.

¹⁸⁴ Akın, F. İlhan (2016) Devlet Doktrinleri, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s. 163.

¹⁸⁵ Doğru, s. 81; Öztürk, s. 39.

¹⁸⁶ Şenel, Alaeddin (1969) “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi” Yavuz Abadan’a Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, s. 241-268; Altınordu, s. 9.

olarak da tanımlanmaktadır¹⁸⁷. Bu bağlamda eşit durumda olanlara eşit davranmamak yahut eşit durumda olmayanlara eşit davranmak eşitlik ilkesinin ihlalidir¹⁸⁸.

Eşitliğin hukuki niteliği öğretide tartışılmış, sonuçta ilkedен yararlanmalar için eşit işlem görme ayırım gözetilmemesini isteme bir hak olarak nitelendirilmiştir. Bu hakkın muhatapları devlet organları ve idare makamları açısından ise devlet yönetimine egemen bir ilke, bir buyruk olarak vasıflandırılmıştır¹⁸⁹.

Hukuki bir bağlayıcılığı bulunmasa da tarihi, felsefi, ahlaki ve manevi öneme sahip¹⁹⁰ olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 1948'de yayınlanması ile eşitlik ilkesi evrensel nitelik kazanmakta önemli bir yol kat etmiştir. Bu Bildiri ile bütün insanların eşit olması, özgürlük ve kardeşliğin temelinde yer alan evrensel bir değer ve temel bir ilke olarak nitelendirilmiştir. Kaldı ki bu Bildiri'nin ardından devletlere bireylerine eşitlik sağlama yükümlülüğü yükleyen, bu konuda ayrıntılı hükümlere yer veren bu ilkedен yola çıkarak hiçbir birey arasında ayrımcılık yapılamayacağı ilkesini de içeren Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi sözleşmeler imzalanmıştır¹⁹¹.

1961 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin arasında düzenlenme imkanı bulan eşitlik hakkı, 1982 Anayasası'nda da 1961 Anayasası'ndaki hükmü tekrarlayarak Genel Esaslar kısmında yer alarak, 10. maddede düzenlenmiştir. Eşitlik ilkesi incelendiğinde hiçbir bireye imtiyaz tanınamayacağı belirtilmekte, kadın ve erkeğin eşit olduğu belirtilmektedir. Bu düzenlemeden de ayrımcılık yasağı sonucu çıkmaktadır¹⁹².

¹⁸⁷ Araslı, s. 165.

¹⁸⁸ Karan, Ulaş, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Hukuksal Çerçeve, ss. 1-13, <<http://secbir.org/images/haber/2011/01/12-ulas-karan.pdf>>, s.e.t.17.02.2020, s. 5; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 124.

¹⁸⁹ Özbudun, s. 156.

¹⁹⁰ Akın, F. İlhan (1980) Kamu Hukuku: Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 370-371; Kapani, s. 62-63.

¹⁹¹ Öden, Merih (2003) Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara, Yetkin, s. 85.

¹⁹² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 122-123.

Sağlık hakkı da eşit durumdakilere eşit olarak tanınan, farklı durumda olan kişilere farklı şekilde sunulabilen, bireylere eşit bir şekilde sağlık hizmetlerinden yararlanma imkanı sağlaması gereken, sağlık hakkından yararlanmaya engel teşkil eden bir durum olması halinde ise söz konusu engelin kaldırılmasına temel teşkil eden bir haktır. Bu nedenle eşitlik ilkesi sağlık hakkın tüm bireylere eşit bir şekilde tanınması, sağlık hizmetinin herkese eşit olarak uygulanması açısından oldukça önem taşımaktadır. Nitekim AYM'nin de kamu hizmetlerinin sunumunda nispi eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin kararları¹⁹³ bulunmaktadır.

2. Ayrımcılık Yasağı

Objektif ve makul bir sebep olmaksızın eşitlik ilkesine uymadan hareket ederek ayrımcılık yapmak, ayrımcılık yasağının ihlali şeklinde nitelendirilmektedir¹⁹⁴. Objektif ve makul sebebin varlığı, ilk olarak varılmak istenen amaç ile kullanılan aracın orantılılığına¹⁹⁵, ikinci olarak tasarrufun

¹⁹³ AYM'nin eşitliği tanımladığı ve kamu hizmetinde eşitlik ilkesini temel ilke olarak belirttiği bir kararına bkz.: "...Eşitlik ilkesi, ortada haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmasına mutlak engeldir. Kamu hizmetinde eşit davranış eşit yararlanma temel niteliktir..." AYM, E.1987/3, K.1987/13, K.T.22.05.1987,19578 Sayılı R.G., Y.T.18.09.1987;

Kamu hizmetinin sunulmasında eşitlik ilkesine ilişkin diğer bir AYM kararına bkz.: "...Eşitlik, herkesin her yönden aynı yasa hükmüne bağlı olacağı anlamında ele alınamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı neden varsa, bu durumda yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez..." AYM, E.1990/15, K.1991/5, K.T.28.02.1991, 21184 Sayılı R.G., Y.T.27.03.1992; AYM, E.1986/16, K.1986/25, K.T.21.10.1986, 19358 Sayılı R.G., Y.T.31.01.1987;

Aynı yönde diğer bir AYM kararına bkz.: "...Hukuksal durumları ve nitelikleri farklı olan kuruluşlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik bozulmaz..." AYM, E.1991/5, K.1992/9, K.T.18.02.1992, 21221 Sayılı R.G., Y.T.07.05.1992.

¹⁹⁴ **İnceoğlu, Sibel**, (2001) "Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağın Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertenilmesi" Anayasa Yargısı, C. 18, ss. 41-70, s. 59; **Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri**, s. 549; **Demren Dönmez**, s. 24; **Doğru**, s. 81; **Özbudun**, s. 158.

¹⁹⁵ **Karan, Ulaş** (2007) "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği" Türkiye Barolar Birliği, Sa. 73, ss. 146-173, s. 154.

amacı ile sonucu arasında var olan ilişkiye ve son olarak da toplumdaki bireylerin yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak tespit edilir¹⁹⁶.

Ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan ayrımcılık, kişilere cinsiyet, ırk gibi temellere dayanarak diğer kişilerden daha az olumlu davranmaktır¹⁹⁷. Dolaylı ayrımcılık ise doğrudan ayrımcılık ile izlenen amaca farklı bir yöntemle, dolaylı olarak ulaşılması anlamına gelmektedir¹⁹⁸. Bu ayrımcılık türünde her ne kadar söz konusu grup doğrudan o hareketten etkilenmiyor gibi görünse de avantajsız duruma düşmektedir¹⁹⁹.

AİHS'in 14. maddesi, ayrımcılığın doğrudan düzenlendiği temel maddedir. Bu madde din, dil, ırk, cinsiyet, ulusal yahut sosyal köken, siyasi düşünce ayrımı gözetilmeksizin tüm bireylerin Sözleşme'deki haklardan yararlanmasını düzenler²⁰⁰. Ayrımcılığının açıkça yasaklanmış olduğu 14. madde, yasalar önünde eşitlik ilkesinin bir yansımasıdır. Bu madde ile aynı durumda bulunan kişilerin haksız olarak farklı muameleye tabi olmaları da yasaklanmaktadır; ancak bu yasağın, diğer uluslararası belgeler²⁰¹ ile karşılaştırıldığında yalnızca AİHS'in içerisindeki haklara ilişkin bir yasak olması ve bağımsız bir yasaklama olmaması nedeniyle, bu maddenin sınırlı kaldığı görülmektedir²⁰².

2000'de AİHS'e ek 12. Protokol eklenmiş ve Sözleşme'deki haklardan bağımsız olarak genel bir ayrımcılık yasağı sözleşmeye bu ekleme ile birlikte dahil olmuş, tüm insanların hukuk önünde eşit olmaları ve hukuk tarafından

¹⁹⁶ Doğru, s. 82.

¹⁹⁷ Duvelfelt, Sabine/Sjölander, Carolina (2009) "Multiple Discrimination", Örebro University Department of Behavioural, Social and Legal Sciences, Legal Science Programme with International Approach, 240 ECTS Bachelor Thesis of 15 ECTS, Örebro, <<http://oru.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A135637&dsid=0.8100786764248513>>, s.e.t.17.02.2020, s. 4; Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri, s. 553.

¹⁹⁸ Demren Dönmez, s. 12-13.

¹⁹⁹ Duvelfelt/Sjölander, s. 4; Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri, s. 553.

²⁰⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 19.

²⁰¹ Gemalmaz, s. 289-445.

²⁰² Doğru, s. 81; Altınordu, s. 23.

eşit derecede korunma hakkına sahip olmaları ilkesi temel alınarak, devletlerin kişiler arasında ayrımcılık yapılmaması için gereken tüm tedbirleri objektif ve makul bir gerekçeye dayanarak alması hususunda düzenleme getirilmiştir²⁰³. Bu düzenlemenin yapılmasının nedeni, eşitlik ilkesi ile bu ilkenin yansımaları olan ayrımcılık yasağının uluslararası insan hakları hukukunun temel ilkesi olması ve özel bir dikkat gerektirmesidir²⁰⁴.

Türk anayasalarındaki eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerin başında, 1924 Anayasası'nda 88. ve 69. maddeler ile eşitlik ilkesinin düzenlenmesi gelmektedir. 88. Maddede, Türk olmanın din ve ırka göre değişmeyeceği, 69. maddede ise yasalar önünde eşitliğin sağlandığı; ancak sosyal ve ekonomik alanda eşitliğin kişinin gücü ile belirleneceği belirtilmiştir. 1961 Anayasası'nın 12. Maddesinde Evrensel Bildiriler tarafından kabul edilen din, dil, ırk, mezhep, felsefi yahut siyasi düşünce veya cinsiyet ayrımı olmaksızın tüm bireylerin yasalar önünde eşitliği düzenlenmiştir²⁰⁵. 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde, 1961 Anayasası'ndaki düzenlemenin tekrar edilmesinin yanı sıra, kadınlar ve erkeklerin eşit olduğu açık bir şekilde belirtilmiş, ayrıca devlete de bu durumu sağlamada yükümlülükler yüklemekle birlikte işlem ve kamu hizmetlerinde kanun önünde eşitlik ilkesi doğrultusunda hareket etmeleri yönünde düzenleme getirmiştir. 1982 Anayasası'nda gerek 10. maddede kadın ve erkeğin açık olarak belirtilmesi gerekse 41. maddede ailede eşlerin eşit olması ve eğitim hakkının düzenlendiği 42. maddede kız ve erkek için zorunlu olduğunun açık olarak belirtilmesi ve 50. maddede çalışma hakkı ile ilgili düzenlemelerde kimsenin cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağı belirtilmesi nedeniyle cinsiyete dayalı ayrımcılığın yasak olduğu kanunlar ile hüküm altına alınmıştır. Din ve mezhep ayrımcılığı da 10. maddenin yanı sıra, aynı zamanda 24. maddede hüküm altına alınan din ve vicdan özgürlüğü ile de yasaklanmış ve hatta din ve mezhep farklılığı ayrımcılığın ötesinde bir özgürlüğe konu olmuştur²⁰⁶. TCK'nın da 122.

²⁰³ Altınordu, s. 26.

²⁰⁴ İnceoğlu, s. 58; Doğru, s. 81.

²⁰⁵ Akın (1980), s. 315.

²⁰⁶ Altınordu, s. 24-84.

maddesinde ayrımcılık yasağı hüküm altına alınarak ihlali halinde suçun failine uygulanacak cezalar düzenlenmiştir.

Devlet, açıklanan hükümlerin ışığında, kişilere sahip olduğu özelliklere göre farklı davranmamalı, fırsat eşitliğini sağlamalı²⁰⁷, yani bireylerin doğuştan sosyal, politik ve ekonomik alanlardan sahip olduğu özellikler yüzünden ayrımcılıktan doğan eşitsizliklerini, dışlanmalarını azaltmalı ve uzun vadede söz konusu eşitsizliklerin önüne geçilmesi amacıyla pozitif ayrımcılık yapmalıdır²⁰⁸. Nitekim devlet, diğer gerçek ve tüzel kişiler tarafından ayrımcılık yapılmasını önleyici tedbirler almalı ve ayrımcılık yasağını ihlal edenleri de etkili bir soruşturma ve kovuşturmadan geçirmelidir. Bu bağlamda devletin eşitlik hakkı ışığında ayrımcılık yasağına ilişkin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri haiz olduğunu belirtmek gerekir²⁰⁹.

Bireyler, sağlık hakkını kullanarak sağlık hizmetlerinden yararlanırken hekim yahut diğer sağlık memurları tarafından ayrımcılığa maruz kalmamalıdır. Nitekim hekim veya diğer sağlık memurları, yalnızca kanun ile tanınan bazı önceliklerden olan engellilik yahut tıbbi durumun gerektirdiği öncelikler gibi durumların varlığı halinde o kişilere öncelikli davranabilmektedir. Aksi takdirde, bu durumlar yok ve hekim kişilere öncelikli davranıyor ise eşitlik ve hakkaniyet ölçüleri dışına çıkmış, AİHS.m.14'te belirtilen ayrımcılık yasağı da AY.m.10 da ihlal edilmiş demektir. Belirtilmelidir ki sağlık alanında eşitlik ilkesi, bütün insanların eşit bir şekilde sağlık durumları olması anlamına gelmemekte, bütün insanların sağlık hizmetine erişimde eşit olanakları haiz olması anlamına gelmektedir²¹⁰.

²⁰⁷ Özbudun, s. 141.

²⁰⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar ve Diğerleri, s. 554.

²⁰⁹ Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (2010) Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı, s. 16, 35-38; Gül, İdil Işıl/Karan, Ulaş (2011) Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi, s. 53.

²¹⁰ Kızılkaya Doğru, Ezgi (2016) Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Hakları, Açlık Grevi ve AIDS/HIV, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 22.

D. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Öğretide kavram ve temel haklardan biri olarak ele alınan ve tanımlanan özel hayatın gizliliği ilkesinin ilk tanımı, bireyin başkalarının bilgisinden uzak kalmasını, sadece kendisinde saklı kalmasını istediği yaşam görünümlerinin gizli kalmasıdır²¹¹. Başka bir tanıma göre özel hayatın gizliliği, herkes tarafından bilinmeyen, ancak araştırma sonucu elde edilebilen kişiye ait özel bilgilerin kişinin bilgisi dâhilinde kalması, başkaları tarafından öğrenilmemesidir²¹². Diğer bir tanıma göre, kişiliğin gelişmesi için kişinin kendine ait gizli bir alanı vardır ki o kişinin izni olmadan kimse bu alanı öğrenememelidir, buna özel hayatın gizliliği denir²¹³. Bir görüşe göre özel hayatın gizliliği, bireylerin kendi hayatlarında başka kişiler tarafından bilinmemesini istedikleri yönlerinin bilinmemesi, bu yönlerine başkalarının nüfuz etmemesidir²¹⁴. Diğer bir görüş ise özel hayatın gizliliğini kişinin ancak kendisinin özel hayatının düzeni ile bu hayata kimlerin, ne zaman, hangi ölçüde müdahale edebileceğine karar vermesi şeklinde tanımlamaktadır²¹⁵.

Özel hayatın gizliliği, uluslararası hukukta birçok belgede düzenlenmiş olup²¹⁶, özellikle AİHS.m.8'de özel hayata hangi araçlarla (kanun/hukuk), hangi amaçlarla (sınırlama nedenleri) ve hangi ölçüde (demokratik toplumda gereklilik) müdahale edilebileceği düzenlenmiştir²¹⁷. İnsanın sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu²¹⁸ özel hayata saygı hakkı olarak da adlandırılan özel hayatın gizliliği hakkı, devlete bireylerin özel hayatlarının gizli kalmasına saygı göstermesi, özel hayatlarına müdahale etmemesi şeklinde ihlalde bulunmama

²¹¹ **Özsunay, Ergun** (1982) Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 5. Baskı, İstanbul, Der, s. 127-137.

²¹² **Özek, Çetin** (1978) Türk Basın Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, s. 259.

²¹³ **Karahasan, Mustafa Reşit**, (1976) Tazminat Davaları, Yenilenmiş ve Genişletilmiş Baskı, İstanbul, İstanbul Matbaası, s. 783.

²¹⁴ **Ataay, Aytekin** (1978) Şahıslar Hukuku: Birinci Yarım Girişi-Hakiki Şahıslar, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, s. 131.

²¹⁵ **Şen, Ersan** (1996) Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, Kazancı, s. 5-6.

²¹⁶ **Zafer, Hamide**, (2010) Özel Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 28-40; **Şen**, s. 59-84.

²¹⁷ **Doğru**, s. 44; **Güntürk**, s. 102 vd..

²¹⁸ **Güntürk**, s. 59.

yükümlülüğünü yükleyerek negatif statü hakkı özelliğini taşısa da öte yandan yalnızca bu yükümlülüğü yüklememekte, aynı zamanda bireylerin özel hayatlarının gizli kalmasını sağlaması, ihlal etmeye çalışanları engelleyici tedbirler alması şeklinde hakkın etkin bir şekilde korunmasını ve bireylerce uygulanmasını sağlayacak düzenlemeler yapma yükümlülüğünü de yüklemesi nedeniyle pozitif statü hakkı özelliğini de göstermektedir²¹⁹.

Özel hayatın gizliliği ilkesi, gerek kamu gerekse özel hukuk alanında yer alan bir ilkedir, haktır. Kamu hukuku kapsamında Türk anayasalarında bu hak, 1924 Anayasası'nda yer almamış, 1961 Anayasası'nda 15. maddede ve 1982 Anayasası'nda 20. maddede "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlığı altında yer alan temel hakların arasında düzenlenmiştir. 20. Maddenin 1. fıkrasında, "...Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz..." şeklinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesi, 2. ve 3. fıkralarda kişisel verilerin korunmasına dair hükümlerle daha kapsamlı bir şekilde düzenlenme imkanı bulmuştur. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkı, her bireyin sahip olduğu, devredilemez, dokunulamaz, vazgeçilemez bir temel haktır²²⁰. TCK'nın 134. maddesi, doğrudan özel hayatın gizliliğini koruma altına almışken, 136. ve 137. maddeleri de özel hayata ilişkin kişisel verilerin korunmasına dair hükümler getirmiştir.

Özel hukukta özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı temel kişilik haklarından sayılmaktadır. Bu hak kişinin bedeni ve manevi bütünlüğünü de içermektedir²²¹. Kişilik hakkı olarak özel hayatın gizliliği hakkı, tüm bireylerin sahip olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen, vazgeçilmesi ve başka bir bireye devri mümkün olmayan mutlak bir hak özelliğini göstermektedir²²². Özel hukukta da kamu hukukunda da kişinin özel alanı, bireyin yalnızca sınırlı

²¹⁹ **Salihpaşaoğlu, Yaşar**, (2013) "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. XVII, Sa. 3, ss. 227-266, s. 251-252; **Kızılarşlan**, s. 60; **Doğru**, s. 45; **Koca/Üzülmüş**, s. 465.

²²⁰ **Şen**, s. 9; **Korkusuz, M. Refik** (1998) Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler, 1. Baskı, İstanbul, Örnek, s. 249-252.

²²¹ **Kızılarşlan**, s. 61; **Özsunay**, s. 127.

²²² **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, (2010) Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 97.

kişiler tarafından bilinmesini istediği, özellikle kamudan gizlediği, yalnızca ailesi, yakın dostları veya güvendiği kişilerle paylaştığı alanıdır²²³. Kişinin özel hayat alanında, gerçek adı, adresi, yaşı, ailevi durumu, boş zamanlarındaki aktiviteleri, malvarlığı ile günlük alışkanlıkları yer almaktadır²²⁴. Gizlilik alanı ise üçüncü kişilerden gizlemiş olduğu ve yalnızca kendi istediği kişilerce bilinen olayları içeren alandır²²⁵. Bu bağlamda kişinin özel ve gizlilik alanına yapılacak her türlü müdahale kişilik hakkı ihlali olarak kabul edilerek TMK.m.24 kapsamında korunmaktadır²²⁶.

Sağlık hukukuna ilişkin mevzuatlarda da sağlık hakkını kullanarak sağlık hizmetinden yararlanan hastaların özel hayatının gizliliğine dair hükümler getirilmiştir. Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin 3. maddesinde hasta haklarına saygılı olunacağı düzenlenirken özel hayatın gizliliğinin de ihlali önlenmeye çalışılmaktadır. Aynı yönetmeliğin 5. maddesinde de hastaların özel hayatlarına dair sırlarının açığa çıkarılması, geçici olarak meslekten alıkoyma cezasının verilmesini gerektirmektedir. Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'nın 9. maddesinde hekimlerin sır tutma yükümlülüğü düzenlenerek hastaların özel hayatlarının gizli tutulmasının sağlanması amaçlanmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin Mahremiyete Saygı Gösterilmesi başlığını taşıyan 20., 21., 22. ve 23. maddelerinde ayrıntılarıyla hastaların özel hayatlarına saygı gösterilmesi gerektiği düzenlenmiş, tıbbi müdahalede bulunan hekimlerin hastaların özel hayatının gizliliğini ihlal etmeden hareket etmesi gerektiği de vurgulanmıştır. Yargı kararlarında da sağlık hakkını kullanarak sağlık hizmetinden yararlanan hastaların özel hayatının gizliliğinin ihlali konu olmuştur. Danıştay'ın HIV testinin sonucunun hastanın kişisel verisi olduğu ve gizli tutulması gerektiği buna aykırı hareket eden laboratuvar teknisyeninin idarenin ağır hizmet kusurunu oluşturduğuna ilişkin 2007 tarihli

²²³ **Danışman, Ahmet** (1991) Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, 1. Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi, s. 8-9; **Zafer**, s. 13; **Dural/Öğüz**, s. 127-128; **Güntürk**, s. 50-51; **Özek**, s. 260.

²²⁴ **Korkusuz**, s. 247.

²²⁵ **Dural/Öğüz**, s. 128; **Güntürk**, s. 51-54; **Özsunay**, s. 127-128; **Özek**, s. 260.

²²⁶ **Dural/Öğüz**, s. 128-129.

bir kararı²²⁷ bulunmaktadır. Hasta, kendi hastalığına ilişkin yahut hekime vermiş olduğu herhangi bir bilginin hekimde bir sır önemi taşımasını ve hekimin onu sadakatle sır olarak saklamasını ister. Keza hekimin de en önemli yükümlülükleri tıbbi özen gösterme ile sır saklama yükümlülüğüdür²²⁸. Bu yükümlülük, hastaya dair hiçbir bilginin açıklanmaması anlamına gelmemekte, hastanın bilgilerinin açıklanmasına dair hukuki bir yükümlülük bulunması yahut açıklanmasında üstün kamu yararının bulunması halinde hastanın rızası ile bilgilerin açıklanması anlamına gelmektedir²²⁹; ancak hekimin söz konusu bilgileri sır olarak saklaması yalnızca hastalığına ilişkin bilgiler için değil, özel hayatına dair tüm bilgiler için geçerlidir²³⁰. Belirtilmelidir ki kişilerin kendi tedavilerine ilişkin tıbbi kayıtlara ulaşmalarına izin verilmemesi de özel hayatın gizliliğinin ihlalidir²³¹. Keza sağlık hakkıyla ilgili bir dava olan Juhnke v. Turkey davasında²³² AİHM, herhangi bir sebep olmaksızın ilgilinin rızası dışında yapılan jinekolojik muayeneyi kişinin özel hayatının gizliliğinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

SONUÇ

Çalışmamızda uluslararası ve ulusal mevzuatın yanı sıra, ilkeler ile sağlık hakkının nasıl koruma altına alındığı ve temel kamu hizmetlerinden sağlık hizmetinin dayanağının neler olduğu açıklanmıştır.

Uluslararası mevzuatta ilk olarak dikkati çeken yaşama hakkının temelinde yer alan sağlık hakkının, kimi düzenlemede başlı başına bir hak

²²⁷ Danıştay 10.D., E.2005/8407, K.2007/6526, K.T.28.12.2007, <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2005-8407.htm&kw=`E.2005/8407`#fm>>, s.e.t.17.02.2020.

²²⁸ Öztürk, s. 57.

²²⁹ Koç, Seda (2007) “İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri (1998)” Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 397-398.

²³⁰ Kızılkaya Doğru, s. 19-21.

²³¹ Koç, s. 396.

²³² *Case of Juhnke v. Turkey*, Application No. 52515/99, Judgment 13/08/2008, s. 11-12 <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["TUR"\],"appno":\["52515/99"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.09.10.2018.

olarak hüküm altına alınmışken kimi düzenlemede yaşama hakkı ile bir bütün olarak ele alındığı, yaşama hakkı açıklanırken içerisinde bir kavram olarak geçtiği kimi düzenlemede ise yaşama hakkı tanımlanırken sağlık hakkının da açık olarak tanımlanmış olduğu kimilerinde ise sağlık hizmetinin düzenlendiğidir. Bu durum yaşama hakkı ile sağlık hakkının ne kadar yakın haklar olduğunu ve hatta iç içe geçmiş haklar olarak da ele alınabileceğini göstermektedir. Fikrimizce sağlık hakkının korunması için uluslararası mevzuatta yapılan tanımlamaların ve korunması amacıyla getirilen düzenlemelerin mutlaka “sağlık hakkı” başlığı altında yer alması gerekmektedir. Önemli olan sağlık hakkının bir temel hak olarak dikkate alınıp, söz konusu yasal düzenlemelerde koruma mekanizmaları ile korunup, geliştirilmeye yönelik çalışmalara temel alınmış olmasıdır. Uluslararası mevzuat kapsamında sağlık hakkının ve sağlık hizmetinin tanımlanması, gelişmesi amacıyla düzenlemeler yapılmasının yanı sıra, aynı amaçla çeşitli politikalar da izlenmiştir. Bu politikalar ile de sağlık hakkı temel insan haklarından biri olarak benimsenmiş ve gerek sağlık hakkının gerek sağlık hizmetinin daha çok geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapılmıştır. Çeşitli politikalarla birlikte hasta hakları, hekim hakları, hastaların kişisel verilerinin korunması, aydınlatılmış onam gibi sağlık hakkından doğan haklar da uluslararası mevzuatta düzenlenerek sağlık alanında kurallar bütünü ile hareket edilmesi ve sağlık hizmetinin sunulması esnasında sağlık hakkının ihlalinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ulusal mevzuatta yer alan anayasalardan biri olan 1921 Anayasası, savaş sonrası dönemde çıkarılan ve yalnızca zaruri temel haklardan bir kısmını düzenleyen bir anayasa olması nedeniyle ne yaşama hakkı ne de sağlık hakkına dair bir hüküm içermektedir. Bu yönüyle de çalışmamızın konusunu oluşturan, en temel hak olan sağlık hakkının²³³ yanı sıra, yaşama hakkını dahi içermeyen anayasa, fikrimizce eksik bir anayasa olarak nitelendirilebilmektedir. 1921 Anayasası'nın aksine 1924, 1961 ve 1982 yıllarında düzenlenen Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında ise kiminde yalnızca yaşama hakkı kiminde hem yaşama hem de sağlık hakkı koruma altına alınmış, sağlık hizmeti düzenlenmiştir. Anayasalardaki düzenlemeler

²³³ Temiz (2013), s. 70.

incelendiğinde ise yaşama hakkı ile sağlık hakkının bir bütün olarak ele alındığı, ayrı bir hak olarak düşünülmediği sonucuna varılabilmektedir.

Ulusal mevzuatta anayasalardan sonra yıllardan beri uygulanan kanunlar, nizamnameler, yönetmelikler ile son zamanlarda yürürlüğe giren KHKlar, CBKlar sağlık hakkının korunması ve sağlık hizmetinin dayanağının oluşturulması ve geliştirilmesi amacıyla düzenlemeler içermektedir. Kimi düzenleme temel kuralları belirlemiş, hakkın korunması amacıyla etkili hükümleri oldukça kapsamlı düzenlemiştir ki yıllar geçse ve hatta sağlık kurumları, personellerinin yapısı değişse bile yasal düzenlemenin ismi dahi aynı kalmış, tamamen mülga olmamış, yalnızca içerisinde küçük madde değişikliklerine uğrayarak günümüze kadar uygulanmaya devam etmiştir. Süreç içerisindeki yeniliklere karşın kanunun halen geçerli olması, yasa koyucunun dönemin şartlarını, teknolojinin ve yeni gelişmeleri gözetenek kanun yaptığının göstergesidir. Kimi düzenleme ise güncel gelişmeler doğrultusunda sağlık hizmeti idari teşkilatını yeniden, günümüze uygun bir şekilde düzenleyerek sağlık sistemindeki ihtiyaçları gidermeye yönelik hükümler getirmiş ve idare hukuku açısından önemli değişikliklere neden olmuştur.

Uluslararası ve ulusal mevzuat ile düzenlenip korunan sağlık hakkı ve hukuki temelleri kurulan sağlık hizmeti, ilkeler ile de tanınmakta ve uygulanması sağlanmaktadır. Bu ilkelerden hukuk devleti ilkesi bireylerin haklarını kullanabilmeleri için temel ilke olarak karşımıza çıkmakta, dolayısıyla sağlık hakkının bireylere tanınması ve sağlık hizmetinin gereği gibi uygulanabilmesi için de önem taşıyan ilke olarak ele alınmaktadır. Sosyal devlet ilkesi ise özellikle özel sağlık kuruluşlarının sayısının gün geçtikçe artması ve acil müdahale gereken zamanlarda en yakın sağlık kuruluşu olduğu için hastaların bu kuruluşlara götürülmesi durumunda para talep edilip edilemeyeceği, talep edilmesinin kabul edilmesi halinde ekonomik olarak gücü yetmeyen bireylerden bu paranın alınmaması ihtimalinde sağlık hizmetinden yararlanıp yararlanamayacakları konularına ilişkin tartışmaların temelinde yer alması yönüyle öne çıkan bir ilke olarak dikkati çekmektedir. İnsan onurunun korunması ilkesi ile işkence yasağı genellikle birlikte incelenmekte ve bu ilkeler bireylerin sağlık hakkını kullanarak sağlık hizmetinden yararlanırlarken insan

onuruna aykırı hareket edilmesini ve işkence olarak nitelendirilebilecek davranışlardan uzak durulmasını sağlamaktadır. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, sağlık hakkını kullanarak sağlık hizmetinden yararlanan her bireye eşit olarak davranılmasını, bireylerin herhangi bir özelliğinden dolayı ayrımcılık yapılmasının önlenmesini sağlamakta ve bu sayede bireylerin sağlık hakkını korumaktadır. Son olarak özel hayatın gizliliği ilkesi ise sağlık hakkı çerçevesinde sağlık hizmetine başvuran bireylerin kişisel bilgilerinin, özel hayatlarının üçüncü kişilere açıklanmasını önleyerek sağlık hakkını kullanmalarına ve sağlık hizmetinden yararlanmalarına imkan tanıyan ilke olarak karşımıza çıkmakta ve büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Altınordu, Fazıl** (2012) AİHS'ne Göre Ayrımcılık Yasağı ve Türk Hukukunda Gelişimi, 1.Baskı, Ankara, Adalet.
- Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat** (2016) Genel Kamu Hukuku, 12.Baskı, İstanbul, Der.
- Akgül, Aydın** (2014) “İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri”, Türkiye Barolar Birliği, Sa.112, ss.189-236.
- Akın, F. İlhan** (2016) Devlet Doktrinleri, 3.Baskı, İstanbul, Beta.
- Akın, F. İlhan** (1980) Kamu Hukuku: Devlet Doktrinleri-Temel Hak ve Özgürlükler, 2.Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Aksakoğlu, Gazanfer** (2003) “Dünya Sağlık Örgütü ve Sağlık Politikalarında Değişim”, Sol, Sa.199, C.41-5, ss.1-7.
- Aktan, Coşkun Can/Işık, A. Kadir**, Sağlıkın Korunması ve Geliştirilmesine Yönelik Evrensel Sağlık Bildirgelerine Toplu Bir Bakış,<<http://www.canaktan.org/ekonomi/saglik-degisim-caginda/pdf-aktan/sagligin-korunmasi.pdf>>, s.e.t.02.10.2018, ss.1-34.
- Aldanmaz, Orhan** (2010) “İnsan Onuru Işığında Kişisel Özerklik ve Yerellik İlkesi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.XIV, Sa.1-2, ss.79-109.
- Anayurt, Ömer** (2008) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.II, Sa.1-2, ss.421-459.
- Annas, George J.** (2005) Human Rights and Helath: The Universal Declaration of Human Rights at 50, Perspectives on Health and Human Rights, New York-London, Routledge.
- Araslı, Utkan** (2015) Anayasal Temel İlke ve Kavramlar, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği.
- Arslan, Kahan Onur** (2015) “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, Türkiye Barolar Birliği, Sa.120, ss.155-172.

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner** (2006) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Turhan.
- Ataay, Aytekin** (1978) Şahıslar Hukuku: Birinci Yarım Girişi-Hakiki Şahıslar, 3.Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi.
- Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı** (2010) Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı.
- Balkır, Zehra Gönül** (2009) Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması, 1.Baskı, Kocaeli, Kocaeli Üniversitesi Yayınları Yayın No. 335.
- Başbakanlık**, Ulusal Tütün Kontrol Programı Genelgesi, (2006) No. 2006/29, 26312 Sayılı R.G., Y.T.07.10.2006.
- Barroso, Luis Roberto** (2012) “Here, There and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse”, Boston College International and Comparative Law Review, Volume 35, Issue 2, Article 2, <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol35/iss2/2>>, s.e.t.17.02.2020.
- Bayraktar, Köksal** (1972) Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 768, Hukuk Fakültesi Yayınları No. 391, Sermet Matbaası.
- Bulut, Nihat** (2008) “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.XII, Sa.3-4, ss.1-12.
- Case of Association X . V/The United Kingdom**, Application No. 7154/75, Judgment 12/07/1978, Para. No.8, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["7154/75"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.
- Case Of Calvelli v. Italy**, Application No. 32967/96, Judgment 17/02/2002 <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["ciglio"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60329"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

Case of Cyprus v. Turkey, Application No. 25781/94, Judgment 10/05/2001, Para. No. 219, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"display":\["0"\],"languageisocode":\["TUR"\],"appno":\["25781/94"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t. 17.02.2020.

Case of Juhnke v. Turkey, Application No. 52515/99, Judgment 13/08/2008, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["TUR"\],"appno":\["52515/99"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.09.10.2018.

Case of Osman v. The United Kingdom, Application No. 87/1997/871/1083, Judgment 28/10/1998, Para. No. 107, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"%22fulltext%22":\["osman%22"\],"itemid%22":\["22001-58257%22"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

Case of Oyal v. Turkey, Application No. 4864/05, Judgment 23/06/2010, Para. No. 6,7,8,9,10,72, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["4864/05"\],"display":\["0"\],"itemid":\["001-162088"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

Case of Powell v. The United Kingdom, Application No. 45305/99, Judgment 04/05/2000, <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["powell"\],"itemid":\["001-5215"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, s.e.t.17.02.2020.

Case of Tarariyeva v. Russia, Application No. 4353/03, Judgment 14/12/2006, Para. No. 74, <<https://www.legal-tools.org/doc/a6ab2f/pdf/>>, s.e.t.17.02.2020.

Çelik, Aziz (2005) "Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin Çekinceleri" Türk-İş, Sa. 366, ss. 91-99.

Çınar, Ülkü (2003) "Sağlık Hukuku" (Doktora), İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü.

Danışman, Ahmet (1991) Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, 1. Baskı, Konya, Selçuk Üniversitesi.

Demir, Fevzi (2017) Anayasa Hukuku, 10. Baskı, İzmir, Birleşik.

- Demir, Fevzi/Bakıcı, Zeynel/Çınarlı, Serkan**, (2011) Etkin Demokratik Hukuk Devleti, 1. Baskı, Ankara, Orion.
- Demir, Mehmet** (2006) Sağlık ve Tıp Hukuku Mevzuatı ve Uluslararası Kaynaklar, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- Demir, Simge** (2018) Kamu Görevlisi Hekimlerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Demirbaş, Timur** (2016) İşkence Suçu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Demren Dönmez, Burcu** (2012) “Ayrımcılık Suçu”, Türkiye Barolar Birliği, Sa. 102, ss. 9-58.
- Doğru, Osman** (2010) Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Döner, Ayhan** (2003) İnsan Haklarının Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Duman, İlker Hasan** (1997) Sosyal Devlet, 1. Baskı, İstanbul, İnkılap.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2010) Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz.
- Durmuş, Ayhan/Durmuş, Merve Nur** (2019) “Sağlık Bakanlığı Teşkilat Yapısı”, Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma, Sa. 2, C. 5, No. 2, ss. 216-229.
- Duvefelt, Sabine/Sjölander, Carolina** (2009) “Multiple Discrimination”, Örebro University Department of Behavioural, Social and Legal Sciences, Legal Science Programme with International Approach, 240 ECTS Bachelor Thesis of 15 ECTS, Örebro, <<http://oru.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A135637&dsid=0.8100786764248513>>, s.e.t.17. 02.2020.
- Erdem, Mustafa Ruhan** (2001) Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Erdoğan, Gülnur** (2008) “Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı”, Türkiye Barolar Birliği, Sa. 77.

- Erdoğan, Mustafa** (2001) Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 3. Baskı, Ankara, Liberte.
- Ertan, İzzet Mert** (2012) Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, Legal.
- Gemalmaz, Mehmet Semih** (2011) Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, Legal.
- Gökcan, Hasan Tahsin** (2017) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Gören, Zafer** (1993) Temel Hak Genel Teorisi, 2. Baskı, İzmir, Cumhuriyet.
- Göze, Ayferi** (2005) Liberal Marxiste Faşist ve Sosyal Devlet, 4. Baskı, İstanbul, Beta.
- Göze, Ayferi** (2015) Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 15. Baskı, İstanbul, Beta.
- Gözler, Kemal** (2012) Kısa Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Bursa, Ekin.
- Gül, İdil Işıl/Karan, Ulaş** (2011) Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi.
- Günaydın, Davuthan** (2011) “Sağlık Hizmetlerinde Küresel Reform Yaklaşımları”, Sosyal Siyaset Konferansları, Sa. 60, C. 0, ss. 323-365.
- Güntürk, Mümin Serdar** (2012) Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Gürbüz, Nagehan** (2014) Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Heinzmann, Richard** (2010) “İnsan ve İnsan Onuru-Toplumsal Yaşam İçin Etik ve Ahlak”, ss. 53-65, <<http://www.konrad.org.tr/islam%20tr%202006/07heinzmanTR.pdf>>, s.e.t. 17.02.2020.
- Huber, Ernst Rudolf** (1970) “Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. XXVII, Sa. 3-4, ss. 27-51, (Çeviren: Ansay, Tuğrul).
- İnceoğlu, Sibel** (2001) “Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasasının

- Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, C. 18, ss. 41-70.
- İnceoğlu, Sibel/Boyar, Oya/Karan, Ulaş/Akbulut, Olgun/Arslan Öncü, Gülay/Tokuzlu, Lami Bertan** (2013) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul, Beta.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.**, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, <http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/kaboglu.pdf>, s.e.t.17.02.2020.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.** (1990) “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, İnsan Hakları Yıllığı, Sa. 12/1.
- Kalemoğlu, Murat**, (2005) “Acil Serviste Hekim Sorumluluğu”, Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri, C. 25, Sa. 6, ss. 824-82.
- Kapani, Münci** (2013) Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Karahasan, Mustafa Reşit** (1976) Tazminat Davaları, Yenilenmiş ve Genişletilmiş Baskı, İstanbul, İstanbul Matbaası.
- Karan, Ulaş** (2007) “Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasası ve Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği”, Türkiye Barolar Birliği, Sa. 73, ss. 146-173.
- Karan, Ulaş**, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası: Hukuksal Çerçeve, ss. 1-13, <<http://secbir.org/images/haber/2011/01/12-ulas-karan.pdf>>, s.e.t.17.02.2020.
- Katikireddi, Vittal**, (2004) “New Regular Report Will Monitor Global Health Issues”, BMJ, 328, 728.
- Kızılarşan, Hakan** (2007) Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma Doktrin ve Uygulama, 1. Baskı, Ankara, Çetin Veb-Ofset A.Ş..
- Kızılkaya Doğru, Ezgi** (2016) Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Hakları, Açlık Grevi ve AIDS/HIV, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2015) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Adalet.

- Koç, Seda** (2007) “İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri (1998)”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Korkusuz, M. Refik** (1998) Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlükler, 1. Baskı, İstanbul, Örnek.
- Köroğlu, Ertuğrul** (1984) Sağlık Personelini İlgilendiren Hukuk Kuralları Sağlık Mevzuatı, 1. Baskı, Ankara, Hacettepe Yayın Birliği&Yargıçoğlu.
- Madenoğlu Kıvanç, Meral** (2015) “Evrensel Sağlık Bildirgeleri ve Türkiye’de Sağlık Reformları”, Sağlık ve Hemşirelik Yönetim, C. 2, Sa. 3, ss. 162-166.
- Mcdougal, S. Myres/Chen, Lung-chu/Lasswell, Harold D.,** (1977) “Human Rights in World Public Order: Human Rights in Comprehensive Context”, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2665, Yale, <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2665>, s.e.t.17.02.2020.
- Mumcu, Ahmet/Küzeci, Elif** (2015) İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 7. Baskı, Ankara, Turhan.
- Nuhoğlu, Ayşe** (1999) “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, Prof.Dr.Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın No. 8, İstanbul.
- Oder, Bertil Emrah** (2008) “Devletin Olumlu Edimine Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 1, ss. 199-231.
- Önok, Murat** (2006) Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özay, İl Han** (2002) Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa.
- Özbudun, Ergun** (2016) Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Özek, Çetin** (1978) Türk Basın Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi.
- Özsunay, Ergun** (1982) Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 5. Baskı, İstanbul, Der.

- Öztekin Ali** (2015) “Devletin Asli Ve Sürekli Görevleri (Temel Kamu Hizmetleri) Ve Özellikleri”, Akdeniz İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Sa.30, ss.10-19.
- Öztürk, Bahri** (2003) “Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 2, Sa. 1-2, ss. 39-80.
- Polatcan, İsmet** (1989) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, 1. Baskı, İstanbul, Bayrak.
- Sabuncu, Yavuz** (2007) Anayasaya Giriş Ek: 1982 Anayasası, 13. Baskı, Ankara, İmaj.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar,** (2013) “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. XVII, Sa. 3, ss. 227-266.
- Sayek, Füsün** (1998) Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, 1. Baskı, Ankara, Türk Tabipleri Birliği.
- Serozan, Rona** (2013) Marx/Engels Devlet ve Hukuk Üzerine, 3. Baskı, İstanbul, Çağdaş Hukukçular Derneği.
- Seymen Çakar, Ayşen** (2013) “Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru”, Umud Vakfı Araştırma Merkezi 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, Antalya, ss. 1-8.
- Shestack, Jerome J.** (2006) “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, Liberal Düşünce, C. 11, No. 43, ss. 87-119.
- Soysal, Mümtaz** (1997) 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. Baskı, İstanbul, Gerçek.
- Şen, Ersan** (1996) Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, Kazancı.
- Şenel, Alaeddin** (1969) “Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, Yavuz Abadan’a Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi.
- Şenel, Alaeddin** (1970) Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne, 1. Baskı, Ankara, Sevinç.

- Şimşek, Oğuz** (1999) “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması” (Doktora), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü**, 158 Nolu Genelge, Sa. 19120602-010-06-02-0114-2015-403, Y.T.20.02.2015.
- T.C. Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü**, 1997/73 Nolu Genelge, Sa. B.02.0.PRG.0.12-383-27961, Y.T.03.12.1997.
- T.C. Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü**, 1999/39 Nolu Genelge, Sa. B.02.0.PPG.0.12-320-08689, Y.T.25.06.1999.
- Tanilli, Server** (2007) Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, 4. Baskı, İstanbul, Alkım.
- Tanör, Bülent** (2010) Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 19. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi.
- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2016) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, Beta.
- TBMM**, Avrupa Sosyal Şartı (Değiştirilmiş Şekli); <<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>>, s.e.t.17.02.2020.
- Temiz, Özgür** (2013) “Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık” (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Temiz, Özgür** (2014) “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, Ankara Üniversitesi SBF, C. 69, Sa. 1, ss. 165-188.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat** (2016) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin.
- The Bangkok Charter for Health Promotion in a Globalized World, Health Promot, Int. 2006 21, <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/6gchp/hpr_050829_%20BCHP.pdf?ua=1>, s.e.t.17.02.2020.
- Toroslu, Nevzat** (1970) Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, Sevinç.
- Turner, Bryan** (2013) Eşitlik, 4. Baskı, Dost, Ankara.

- Uyar, Lema** (2006) Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Uygun, Oktay** (2013) Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Üzülmez, İlhan** (2003) Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- WHO** (1986) Ottawa Charter for Health Promotion First International Conference on Health Promotion Ottawa, Ottawa, <<http://www.who.int/healthpromotion/conferences/previous/ottawa/en/>>, s.e.t.17.02.2020.
- WHO Secretariat Background Document for the 6th Global Conference on Health Promotion in Bangkok, “Global Health Promotion Scaling up for 2015- A brief review of major impacts and developments over the past 20 years and challenges for 2015”, Thailand, <http://www.who.int/healthpromotion/conferences/6gchp/hpr_conference_background.pdf>, s.e.t.17.02.2020.
- Yardım, Nazan/Gögen, Sibel/Mollahaliloğlu, Salih** (2009) “Sağlığın Geliştirilmesi; Dünyada ve Türkiye’de Mevcut Durum”, İstanbul Tıp Fakültesi, İstanbul, C. 72, Sa. 1, ss. 29-35.
- Yıldız, Hicran/Turan, Mustafa** (2010) “Küreselleşme ve Sağlık”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi, C. 36, Sa. 1, ss. 39-41.
- Yılmaztürk, Aysun** (2013) “Türkiye’de Sağlık Reformlarının Tarihsel Gelişimi ve Sağlıkta Dönüşüm Programı’nın Küresel Niteliğinin Değerlendirilmesi”, Sosyal Bilimler Araştırmaları, Sa. I, C. 8, ss. 176-188.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi** (1993) Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- Zafer, Hamide** (2010) Özel Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Beta.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0c083aa1-96f0-4e67-8f67-6d74a867fa56?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,
s.e.t.17.02.2020.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/837e7b82-f11e-4ebc-b508-da594476a15c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,
s.e.t.17.02.2020.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb2d4895-a40f-44ee-8492-831a8d126401?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>,
s.e.t.17.02.2020.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2005-8407.htm&kw=`E.2005/8407`#fm>, s.e.t.17.02.2020.

<https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-geneva/>,
s.e.t.17.02.2020.

<https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-helsinki/>,s.e.t.17.02.2020.

<https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-taipei/>,s.e.t.17.02.2020.

<https://www.wma.net/what-we-do/medical-ethics/declaration-of-tokyo/>,
s.e.t.17.02.2020.

KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA KÖLELİĞİN SONA ERME YOLU OLARAK TEDBİR*

Arş. Gör. Yasemin KURTOĞLU**

ÖZET

Geçmiş tarihin en eski dönemlerine kadar uzanan kölelik kurumu İslam hukuku içerisinde de kendisine yer bulmuş, bu doğrultuda bir İslam devleti olan Osmanlı Devleti'nde de varlığını devam ettirmiştir. Kendisinden önceki döneme kıyasla kölelik kurumunun şartlarını önemli oranda iyileştiren İslam hukuku kurallarına Osmanlı Devleti de sadık kalmış, köleliğe geçiş ve kölelikten çıkış da İslam hukukunun öngördüğü şekilde uygulamada hayat bulmuştur.

'Klasik Dönem Osmanlı Hukuku'nda Köleliğin Sona Erme Yolu Olarak Tedbir' başlıklı bu çalışmada ilk olarak İslam hukukunda kölelik sebepleri ve köleliğin sona erme yolları hakkında genel bilgiler verildikten sonra tedbir kurumunun ele alınmasına geçilmiştir. Bu doğrultuda İslam hukukunun temel kaynaklarından yararlanılmasının yanı sıra Osmanlı Devleti özelinde ayrıntılı bir çalışma yapabilmek adına bu döneme ait fetva kitaplarından ve kadı sicillerinden geniş ölçüde yararlanılarak tedbir kurumunun niteliği, kuruluşu, çeşitleri, hüküm ve sonuçları ayrı başlıklar altında ele alınarak incelenmiştir. Yapılan incelemeler sırasında kimi yerlerde ortaya çıkan görüş farklılıklarına da yer verilmiş ve bunların bir değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır. Böylece Osmanlı hukuk sisteminde tedbir kurumuyla ilgili detaylı bir çalışma ortaya konması hedeflenmektedir.

Anahtar kelimeler: Tedbir, Kölelik, Osmanlı Devleti, İslam Hukuku, Osmanlı Hukuku.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.882134 - Geliş Tarihi: 17.02.2021 - Kabul Tarihi: 12.07.2021.

** Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, yasemintoros@uludag.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9760-5326.

TADBIR AS A WAY OF EMANCIPATION OF SLAVES IN THE CLASSICAL PERIOD OTTOMAN LAW

ABSTRACT

As can be seen in all ages throughout history, slavery has also taken place in Islamic law and prolonged its existence in the Ottoman Empire as an Islamic state. Unlike its preceding, Islamic law made significant improvement on the slavery conditions which also the Ottoman Empire abided by. Becoming a slave and liberation of slaves has been practised within these laws in the whole state.

In this article titled ‘Tadbir As a Way Of Emancipation Of Slaves in the Classical Period Ottoman Law’, before examining the tadbir institution, firstly will be given general information about reasons of becoming a slave and methods of slave liberation. During the study, to make a detailed examination especially about the Ottoman Empire practice, fetwa books and court decisions are also referred extensively apart from the main resources of Islamic law. The institution has been studied under the topics of feature, establishment, sorts, terms and consequences. It is also tried to carry out a general assessment of the different opinions which have been faced during the study. Eventually, it is aimed to make a detailed study on tadbir in the Ottoman legal system.

Keywords: Tadbir, Slavery, Ottoman Empire, Islamic Law, Ottoman Law.

GİRİŞ

Toplumsal bir gerçeklik olarak kölelik kurumuna tarihte neredeyse her toplumda rastlamak mümkündür. Sözlükte ‘birinin buyruğu altında bulunan, özgür olmayan kimse’ anlamına gelen kölelik¹, insanların özgürlüklerinin ellerinden alınarak başkalarının mülkiyetine tabi kılınması olarak tanımlanabilir². Diğer kişilerin mülkiyetine girmeleriyle birlikte kişilerin kendi başlarına haklara sahip olabilme ve hukuki işlemlerde bulunabilme imkanları da ellerinden alınmış olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında köleliğin hukuken bir ehliyet arızası niteliğinde olduğu görülmektedir. Eski çağlarda köleler her türlü haktan yoksun bir şekilde efendilerinin birer eşyası olarak kabul edilmiş ve bu durum uzun yıllar boyunca esaslı bir değişikliğe uğramadan devam etmiştir.

Kölelik, İslam hukuku içerisinde de kendisini göstermiş ve bu doğrultuda bir İslam devleti olan Osmanlı Devleti de kölelik kurumuna yer veren devletlerden biri olmuştur. İslamiyet, kendisinden önceki çoğu toplumun aksine köleliğe dair köklü değişiklikler getirmiş ve kölelerin durumunun iyileştirilmesine çalışmıştır. Bu bağlamda kölelere kimi hukuki haklar tanınmış ya da efendileri tarafından kölelerine hak tanınmasını mümkün kılan düzenlemeler getirilmiştir. Böylece İslam hukukunda köleler tamamen haklardan yoksun birer birey olmaktan çıkmış ve ‘sui generis’ bir ehliyete sahip hale getirilmişlerdir³. Mevcut kölelerin durumunun iyileştirilmesinin yanı sıra İslamiyet, bu kurumun yaygınlığının giderek azaltılmasını da amaçlamış ve bu doğrultuda köle olma sebeplerini azaltırken bir yandan da köleliğin sona erme yollarını arttırmıştır.

İslam hukukuna göre savaşlarda esir düşenler ya da halihazırda köle olan annelerinden doğan çocuklar köle statüsüne tabi kılınmaktadır. Köleliğin sona erdirilmesi ise İslam’ın temel kaynaklarında sıkça teşvik edilmekte ve çok çeşitli yollardan gerçekleştirilebilmektedir. Kişinin kendi kölesini tek taraflı irade beyanıyla azat edebilmesi olarak tanımlanabilecek olan gönüllü azat başta

¹ Türkçe Sözlük (1983), Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 744.

² **Bozkurt, Gülnihal** (1981) “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:38, S:1, s. 65.

³ **Aydın, M. Akif/Hamidullah Muhammed** (2002) “Köle”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:26, İstanbul, s. 239.

olmak üzere köle ile kitabet akdi yapma, kefarete olarak köle azat etme, kölenin ümmü'l veled statüsüne girmesi köleliğin sona erme yollarındandır. Sayılanlara ek olarak, kısaca efendinin ölümünün ardından kölenin özgürlüğüne kavuşması olarak tanımlanabilen 'tedbir' de bir diğer köleliğin sona erme yoludur. Tedbir, efendi tarafından tek taraflı bir hukuki işlemle kurulmakta ve bu yolla efendi, ölümünün ardından kölesinin özgürlüğe kavuşmasını garanti altına almış olmaktadır.

Tedbir, Osmanlı Devleti'nde köleliği sona erdirme yolu olarak sıkça başvurulan bir kurum olmuştur. Tedbirin uygulanmasında İslam hukukunun genel kurallarına sadık kalınmış, ortaya çıkan uyuşmazlıklar fetvalar yoluyla ya da mahkemelerde kadı önünde çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

I. İSLAM HUKUKUNDA VE KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUKUNDA KÖLELİK

Kölelik, diğer pek çok toplumda olduğu gibi İslam toplumunda ve dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde kendisine yer bulan bir kurum olmuştur. Bir İslam devleti olarak Osmanlı'da kölelik, doğaldır ki İslam hukukunun kurallarıyla çerçevelenmiş durumdadır. İslamiyet'in gelmesinden önce Arap toplumları arasında yaygın şekilde kullanılan bu kurumda köleler insanlarla bir tutulmadığı gibi adeta bir mal statüsünde görülmüş, kölelere karşı efendileri tarafından yapılacak her türlü muameleye göz yumulmuş, efendilerin kölelerini istedikleri zaman öldürebilmeleri dahi olağan karşılanmıştır⁴.

İslamiyet ise toplum içinde bu denli geniş yer bulan bu kurumu, aşağıda değinilecek sebeplerle tamamen ortadan kaldırma yoluna gitmemiş; ancak belirli şartlara tabi tutarak kölelerin haklarının iyileştirilmesi ve bir bakıma aşamalı olarak köleliğin sona ermesine yol açacak bir düzene geçilmesini hedeflemiştir⁵. İslamiyet, bu hedefine ulaşabilmek için kurumu temelden

⁴ **Çağatay, Neşet** (1957) *İslam'dan Önce Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı*, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, s. 119-120.

⁵ **Aydın/Hamidullah**, s.238; **Akgündüz, Ahmed** (1997) *İslam Hukukunda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlı'da Harem*, 4.Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 138.

etkileyecek değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklerden en çok etkilenenler ise köleliğin meydana gelme sebepleri ve sona erme yolları olmuştur.

A. KÖLELİĞİN SEBEPLERİ

Cahiliye dönemi Arap toplumunda köleliğin sebeplerinin oldukça çeşitli olduğu görülür. Bunlar arasında kişinin ödeyemediği borçları nedeniyle kendisini veya çocuklarını köle olarak satması, işlediği ağır bir suç nedeniyle ceza olarak köle statüsüne sokulması ve korsanlık faaliyetleri nedeniyle köle haline getirilmesi sayılabilir⁶. Köle haline gelmek için bu denli fazla yolun bulunması, toplumda köleliğin de bir hayli yaygın olması sonucunu doğurmuştur. İslamiyet ise anılan bu çeşitli kölelik sebeplerini oldukça kısıtlamış ve içlerinden sadece iki hali benimsemiştir ki bunlar; köle anneden doğma ve savaşta esir düşmedir⁷. Böylelikle İslam, kölelik sebeplerini azaltmakla toplumdaki köle sayısının giderek azalması hedefine ulaşma yolunda da önemli bir adım atmış olmaktadır⁸.

1. Köle Anneden Doğma

Köleliğin doğal sebebi, köle olarak doğmaktır. İslam hukukunda kölelik, annenin statüsüne tabidir⁹. Bu nedenle kural olarak köle annelerden doğan çocuklar da köle olur. Köleliğin belirlenmesinde babanın statüsü dikkate alınmaz. Dolayısıyla hür bir babayla köle bir anneden doğan çocuk da yine köle

⁶ **Akyılmaz, Gül** (2004) “Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi ile İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:1-2, s. 215; **Ceylan, Metin** (2018) İslam Hukukunda Kölelik, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 43.

⁷ Diğer taraftan, kimi kaynaklarda İslam hukukunda tek bir kölelik sebebi bulunduğu, bunun da savaşta esir düşme olduğu; diğer sebep olarak anılan köle anneden doğmanın ise ilk sebebin bir uzantısı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Akgündüz**, s. 119; **Cin, Halil/Akgündüz Ahmed** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s. 456-457; **Aydın, M. Akif** (2012) Türk Hukuk Tarihi, 9.Baskı, İstanbul, Beta, s. 236.

⁸ **Siska, Katalin** (2016) “Slavery in the Ottoman Empire”, Journal on European History of Law, C:7, S:2, s. 73.

⁹ **Aydın/Hamidullah**, s. 239.

olarak doğmuş olacak; bunun aksine, hür bir anneden doğan çocuk ise babası köle dahi olsa hür olacaktır.

Anılan kuralın tek istisnasını efendilerin cariyelerinden¹⁰ doğan çocukları oluşturur. Efendilerin cariyelerinden olan çocukları, her ne kadar anneleri köle olsa dahi, hür olarak doğmuş kabul edilir. Bunun için efendinin çocuğun kendisinden olduğunu kabul ederek tanımış olması gerekir. Aksi halde, doğacak çocuk köle statüsünde kalacaktır¹¹.

2. Savaşta Esir Düşme

Köleliği yaygınlaştıran ve varlığını devam ettirmesine neden olan temel sebep, savaşta esir düşmektir. Savaşta esir düşmenin, köleliğin tarihsel süreçte ortaya çıkmasının da asıl sebebi olduğu kabul edilmektedir¹². Buna göre, kazanılan bir savaş sonunda ele geçirilen esirlerin doğrudan öldürülmeleri dışında kalan seçenekler karşılıklı ya da karşılıksız salıverilmeleri ya da köle olarak kullanılmalarıdır. Karşılıksız salıverilme galip taraf için hiçbir kazanımı olmadığından; fidye karşılığı salıverilme de yenilen devletin maddi durumunun uygun olmaması gibi sebeplerle her zaman mümkün olmayabileceğinden uygulamada pek sık görülen yöntemler olmamıştır. Bu durumda savaş esirlerini köle olarak kullanma; öldürmenin alternatifi olarak karşımıza çıkmakta ve aslında esirlerin hayatının korunması amacını gütmektedir.

Kural olarak İslam'da esas olan sulh halidir ve savaşa ancak zaruri hallerde başvurulabilir¹³. Yine de ister kendisi tarafından başlatılsın, isterse bir saldırıya maruz kalsın, İslam toplumunun her an bir savaşın içinde bulunması olasıdır ve bu savaşlardan galip çıkabilmek için İslam hukuku, savaşa ve savaş

¹⁰ Sözlükte 'para ile satın alınan halayık/ harpte esir düşmüş veya odalık olarak alınmış kız' anlamlarında gelen cariyeye kelimesi, dilimizde kadın köleler için özel olarak kullanılan bir terimdir. Bkz. **Devellioğlu, Ferit** (2015) *Osmanlıca—Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Ankara, Aydın Kitabevi, s. 142; **Aydın/Hamidullah**, s. 237.

¹¹ **Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2016) *Türk Hukuk Tarihi*, 18.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 108; **Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2014) *Türk Hukuk Tarihi*, 5.Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s. 314.

¹² **Bozkurt**, s. 66-67.

¹³ **Özel, Ahmed** (1984) *İslam Hukukunda Ülke Kavramı*, İstanbul, Marifet Yayınları, s. 41,49.

esirlerine dair çeşitli hükümler getirmek durumunda kalmıştır. Bu doğrultuda İslamiyet'in köleliği ortadan kaldırmamasının asıl sebebinin de, köleliğin ölüme alternatif olması nedeniyle, savaş esirlerinin hayatını koruma altına almak olduğu ileri sürülmektedir¹⁴.

İslam hukukunun temel kaynağı olan Kur'an'da savaş esnasında kafirlerin etkisiz hale getirilince esir alınması, daha sonra da bunların karşılıksız ya da fidye karşılığı salıverilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁵. Esirlerin köle haline getirilmesine dair ise Kur'an'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu uygulama, kaynağını dönemin uluslararası hukuk teamüllerinden almıştır¹⁶. Dönemin teamülleri gereğince diğer devletlerin genelini bu yola başvurması, İslam devletini de bu yönetime itmiştir. Bu sayede, köle haline getirmenin uygulanmaması durumunda yukarıda anılan olumsuz sonuçların doğmasından da kaçınılmış olunacaktır. İslam devlet başkanı kamu yararı ilkesi gereğince bu konuda karar verme yetkisini haizdir¹⁷.

İslam hukuku alimlerince savaşta esir düşenlerin köle olarak kullanılması 'ganimet' kavramına dayandırılarak açıklanmıştır. Ganimet, İslam hukukuna göre 'Müslümanların savaş yoluyla gayrimüslimlerden ele geçirdikleri esirler ve her türlü mal' demektir¹⁸. Buna göre, kazanılan bir savaş sonucunda ele geçirilen gayrimüslim kişiler ganimet kapsamında köle olarak Müslümanlara ait olmaktadır. Müslüman esirlerin köle yapılması ise söz konusu değildir¹⁹.

¹⁴ **Aydın/Hamidullah**, s. 238; **Aydın**, s. 234; **Parlatır, İsmail** (1983) "Türk Sosyal Hayatında Kölelik", *Bellekten*, C:47, S:187, s. 811.

¹⁵ "Nihayet onları çökertip etkisiz hale getirdiğinizde bağı sıkı bağlayın (sağ kalanlarını esir alın). Artık bundan sonra (esirleri) ya karşılıksız ya da fidye karşılığı salıverin." Muhammed 47/4.

¹⁶ **Özel, Ahmet** (1996) *İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirleri*, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 87.

¹⁷ **Akyılmaz**, s. 219; **Engin, Nihat** (1992) "Osmanlı Devletinde Kölelik" (Doktora), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 35; **Aydın**, s. 236.

¹⁸ **Erkal, Mehmet** (1996) "Ganimet", TDV *İslam Ansiklopedisi*, C:13, İstanbul, s. 351.

¹⁹ **Aydın/Hamidullah**, s. 239; **Aydın**, s. 236. Ne var ki kişinin, esir alındıktan sonra henüz köleleştirilmeden Müslüman olması, köle haline getirilmesini engellemeyecektir. Bkz. **Özel**, s. 63.

Savaş sırasında elde edilen ganimetlerin hangi yönde kullanılabileceği Kur'an'da ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Buna göre, ganimetlerin beşte biri Allah'a, Peygamber'e, onun yakınlarına, yetimlere, yoksullara ve yolculara; geri kalan beşte dördü ise savaşa katılmış bulunan askerlere aittir²⁰.

Savaşa katılmış askerlere ait olan beşte dördlük kısmın kimlere ne oranda dağıtılacağı meselesi ise fakihler arasında tartışma konusu olmuştur. Payın dağıtılacağı kişilerin kapsamı konusundaki hakim görüş, ganimetten pay alacakların Müslüman, hür ve tam ehliyetli olması gerektiğidir. Bu doğrultuda, Müslümanların yanında savaşa katılsa dahi gayrimüslimlerin, kölelerin, kadın ve çocukların ganimete hak kazanmaları mümkün görülmemiştir. Ancak bu kimselere savaşta gösterdikleri yarar karşılığında bir miktar hediye verilmesi uygun bulunmuştur²¹.

Payların hangi oranda dağıtılacağı meselesinde de Ebu Hanife, savaşa atlı olarak gelenlere iki, yaya olarak gelenlere bir pay verilmesi gerektiğini kabul ederken; Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve fakihlerin çoğunluğuna göre atlılara üç; yayalara bir pay verilmesi gereklidir²².

Ganimetin beşte birlik kısmının ise uygulamada doğrudan devlet hazinesine aktarılarak devlet başkanının tasarrufuna bırakıldığı ve onun gerekli gördüğü alanlarda bu kısmı harcama yetkisinin tanındığı görülmüştür.

İslam hukukunda köleliğe ilişkin anılan genel açıklamalardan sonra Osmanlı Devleti'ne bakıldığında, köleliğin burada ortaya çıkışının da benzer şekilde savaş esirliğinden kaynaklandığı görülür. Devletin kurucusu Osman Bey'den itibaren Bizans ile girilen savaşlarda birtakım esirlerin ele geçirildiği bilinmesine rağmen, bunlara ne şekilde muamele edildiği kaynaklarda açıkça yer almamaktadır. Ancak Osman Bey'in komşu devletlerle dostça geçinmeyi tercih eden sözleri devletin ilk yıllarında savaş esirlerini köle olarak almaya pek yanaşmadığının göstergesi sayılır²³. Aynı uygulama Orhan Gazi döneminde de devam etmiştir. Böylece I. Murad devrine kadar savaşlardan elde edilen esirlerin köle olarak kullanılmasının pek tercih edilmediği, diğer bir deyişle

²⁰ Enfal 8/41.

²¹ Ceylan, s. 112; Erkal, s. 353.

²² Erkal, s. 353.

²³ 'Yapılması gereken budur ki komşularımızla iyi geçinip dostluk edelim.' Engin, s. 44.

yerel halka çok fazla müdahale edilmediği ve bu sayede genellikle gayrimüslimlerden oluşan halkın yeni kurulan devlete alışmasına kolaylık sağlandığı söylenebilecektir²⁴.

I. Murad dönemine gelindiğinde ise girişilen başarılı savaşların sonucunda ülke topraklarının hızla genişlemesi, yeni ele geçirilen bu yerlerin imarında ve işlenmesinde savaş esirlerinin kullanımı ihtiyacını doğurmuş ve bu ihtiyaç da, Osmanlı'da köleliğin ortaya çıkmasının temel sebebi olmuştur²⁵. Diğer taraftan, giderek artan savaşlar sonunda çok sayıda savaş esirinin ele geçirilmesi, esirlere ne şekilde muamele edilmesi gerektiği meselesini de beraberinde getirmiştir. Bu meseleye çözüm; savaşlarda ele geçen ganimetlerin beşte birinin Kur'an'ın ilgili ayetinde geçen kişilere paylaşılması üzere devlet hazinesine aktarılması usulünün Osmanlı Devleti'nde de uygulanmaya başlanmasıyla bulunmuştur²⁶. Böylece elde edilen savaş esirleri köle statüsüne geçirilmeye başlanmış; bunlardan beşte biri devlete aktarılmış, geri kalan esirler de savaşa katılan askerlere ganimet olarak dağıtılmıştır. Devlete ait olan bu beşte birlik kısım için Farsça 'beşte bir' anlamına gelen 'penç-yek' kelimesi kullanılmaya başlanmış ve zamanla bu kavram 'pençik usulü' olarak ifade edilir olmuştur²⁷. I. Murad devrinde başlayan bu pençik uygulaması, Osmanlı Devleti'nde kölelik kurumunun dayanağını oluşturmuştur. 1402 yılındaki Ankara Savaşı'nın ardından girilen Fetret Devri itibarıyla ise yeni fetihlerin yapılamıyor oluşu, ganimet kapsamında köle elde edilmesini de olanaksız kılmış ve bu durum devletin asker temininde ciddi bir açığa sebebiyet vermiştir. Bu açığı kapatmak adına yenilikçi bir adım atılarak, Hristiyan zimmi çocukların belirli kurallar altında 'devşirilmesi' usulü getirilmiştir. Fatih Sultan Mehmet devrinde esas şeklini alan ve 'Kul Sistemi' olarak adlandırılan bu kurum ile

²⁴ **Tahiroğlu, Bülent** (1981) "Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:45, S:1-4, s. 652. **Engin, Nihat** (2002) "Osmanlılar'da Kölelik", TDV İslam Ansiklopedisi, C:26, İstanbul, s.246. Bununla birlikte, Orhan Gazi döneminde savaşlardan ele geçirilen esirlerin köle pazarında satıldığına dair bilgiler, adı geçen padişah döneminden itibaren ülkede esir ticaretinin başladığını göstermektedir. **Engin** (1992), s. 57.

²⁵ **Engin** (1992), s. 62.

²⁶ **Akgündüz**, s. 192, 198; **Ceylan**, s. 80-81; **Yiğit, Ahmet** (2015) "XVI. Yüzyıl Edirne'sinde Köle ve Cariyeler", Asia Minor Studies, C:3, S:5, s. 151.

²⁷ **Özcan, Abdülkadir** (2007) "Pencik", TDV İslam Ansiklopedisi, C:34, İstanbul, s. 226.

birlikte devşirilerek köle haline getirilen kişiler sadece askeri amaçlarla kullanılmakla kalmamış; devletin yönetim kademesinde de kendilerinden yararlanılmaya başlanmıştır.²⁸ Öyle ki zamanla Osmanlı'da ilmiye sınıfı mensupları hariç olmak üzere üst düzey devlet yöneticilerinin neredeyse tamamının devşirmelerden oluştuğu görülmüştür²⁹.

Osmanlı Devleti kölelere, İslam hukukunun öngördüğü şekilde iyi davranmış, kölelerin haklarını korumaya özen göstermiş, böylece Osmanlı Devleti'nde yaşayan köleler çağdaşı pek çok toplumdaki kölelerden daha iyi şartlarda hayatlarını sürdürmüşlerdir³⁰.

B. KÖLELİĞİN TEDBİR DIŞINDAKİ SONA ERME YÖNTEMLERİ

İslam hukuku, aşamalı olarak ortadan kaldırılması amacını taşıdığından, köleliğin sona ermesine yol açacak pek çok yöntem öngörmüş ve bunların uygulanmasını teşvik etmiştir. İslam'a göre kölelerin özgürlüğüne kavuşturulması adeta bir ibadettir³¹.

²⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 211; Karataş, Abdullah Vefa (2020) "Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y:5, S:1, s. 159. Ne var ki aslında özgür olan zimmi çocukların köle haline getirilmesi esasına dayanan kul sisteminin İslam hukukunun kölelikle ilgili hükümlerine aykırı olduğu meselesi uzun tartışmaları beraberinde getirmiş ve konuyla ilgili neredeyse tüm eserlerde bu kurumun İslam hukuku kurallarıyla uyumlu olup olmadığı sorgulanagelmıştır.

²⁹ Öztürk, Yücel (2017) "Osmanlı İmparatorluğu'nda Köle Emeginin Rolü ve Hacmi": Yağcı, Zübeyde Güneş/Yaşa, Fırat (Editörler), Osmanlı Devleti'nde Kölelik, İstanbul, Tezkire Yayıncılık, s. 32.

³⁰ Akylmaz, s. 221; Ekinci, Ekrem Buğra (2014) Osmanlı Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınları, s. 431; Ekin, Ümit (2017) "Seyahatnamelerin Işığında Osmanlı Toplumunda Köleler": Yağcı, Zübeyde Güneş/Yaşa, Fırat (Editörler), Osmanlı Devleti'nde Kölelik, İstanbul, Tezkire Yayıncılık, s. 201.

³¹ Fendoğlu, Hasan Tahsin (1996) İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik, İstanbul, Beyan, s. 196.

1. Gönüllü Azat (İtk)

Köleliği sona erdiren en tabii yol, efendinin kölesini gönüllü olarak özgürlüğüne kavuşturmasıdır. Bu kavram fıkhıta genellikle itk kelimesiyle karşılığını bulur³². Burada efendi, hiçbir karşılık beklemeden, tek taraflı bir irade beyanıyla kölesini azat etmektedir. İslam kaynaklarında gönüllü azat sıklıkla tavsiye edilmiştir³³.

Gönüllü azat, tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşeceğinden, ne kölenin kabul beyanına ne de başka bir işleme ihtiyaç duyar. Yine de uygulamada köle azatının ispat edilebilmesi için bu işlemin iki şahit huzurunda yapıldığı ve hatta mahkeme önüne gidilerek kadı kararıyla azatın tescil edildiği görülmüştür³⁴. Kölelerin hangi yaşta azat edileceklerine dair herhangi bir sınırlama bulunmamakla birlikte, genellikle henüz gençken ve kendi hayatlarını idame edebilecek güçleri varken azat edildikleri kaynaklara yansımaktadır³⁵.

³² Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 108.

³³ “Asıl iyilik...mala olan sevgilerine rağmen onu...özgürlükleri için kölelere verenlerin...dir.” Bakara 2/177; “O (sarp yokuş) köle azat etmektir.” Beled 90/12. Hz. Peygamber de “...kim Müslüman bir köleyi azatlırsa o köle o kimsenin cehennem ateşinden kurtuluşuna vesile olur” demiştir. İbn Mace, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvini (2012) Sünen-i İbn Mace, C:7, İstanbul, Kahraman Yayınları, (Çeviren: Hatipoğlu, Haydar), s. 110.

³⁴ Cin/Akyılmaz, s. 324. Örneğin, Osmanlı Devleti’nde Üsküdar Mahkemesi’nce verilen bir kararda Mahmut Çelebi isimli kişinin Rus asıllı erkek kölesini Allah rızası için azat ettiğini mahkeme huzurunda ikrar ettiği belirtilmektedir. Bkz. Yılmaz, Coşkun (Editör) (2010) İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51 numaralı sicil, C:8, İstanbul, İSAM Yayınları, Hüküm No.683, s. 326.

³⁵ Karataş, Ali İhsan (2007) “Bursa Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti’nde Köleliğe Bir Bakış”, İSTEM, C:5, S:9, s. 144; Zilfi, Madeline C. (2018) Osmanlı İmparatorluğu’nda Kölelik ve Kadınlar, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 145. Diğer taraftan, Osmanlı Devleti’nde gönüllü köle azatının genellikle uzun yıllardır kendisinden istifade edilmiş, yaşlı ilerlemiş ve artık ekonomik değeri düşmüş kölelere uygulandığına dair görüş için bkz. Ekin, s. 203.

2. Kitabet Akdi Yoluyla Azat

Köle azat etmenin bir diğer yolu da onunla kitabet akdi yapmaktır. Kur'an'da da kitabet akdine yer verilmiş ve yapılması tavsiye edilmiştir³⁶. Kitabet akdi kölelerin belirli bir bedel karşılığında özgürlüklerini kazanmak amacıyla efendileriyle sözleşme yapmaları olarak tanımlanabilir³⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, burada köle ile kendisinin özgürlüğe kavuşması üzerine bir sözleşme yapılması söz konusudur. Efendi ile kölenin karşılıklı irade beyanlarıyla sözleşme kurulmuş olur. Burada köle kural olarak belirli bir edimi yerine getirmeyi; bunun karşılığında da efendi kölesini azat etmeyi taahhüt etmektedir. Kölenin yüklendiği edim belirli bir işi yerine getirme, belirli bir miktar bedeli ödeme ya da belirli bir süre boyunca çalışma olabilir³⁸. Kölenin yüklendiği edim olarak belirli bir bedel kararlaştırılması halinde bunun peşin ya da taksitle ödenebileceği kabul edilmektedir³⁹.

Sözleşmenin kurulmasından itibaren köle, sözleşme şartlarını yerine getirmek amacıyla çalışmaya hak kazanmış olacaktır. Bu süreçte efendi kölenin sözleşme hükümlerini yerine getirmesini engelleyecek davranışlarda bulunamayacaktır. Köle, bu andan itibaren kazandıklarını kendi hesabında tutabilecek ve zamanı geldiğinde efendisine ödeyerek özgürlüğünü satın alabilecektir. Kitabet akdi yapılmış kölelerin satımı ya da bağışlanması mümkün değildir. Kitabet akdi yapılmış cariyelerden efendilerin cinsel olarak yararlanması da uygun bulunmamaktadır⁴⁰. Kitabet akdi iki tarafa borç

³⁶ “Sahip olduğunuz kölelerden mükatebe yapmak isteyenlere gelince, eğer onlarda bir hayır görürseniz onlarla mükatebe yapın.” Nur 24/33.

³⁷ **Atar, Fahrettin** (2006) “Mükatebe”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:31, İstanbul, s. 531.

³⁸ **Tahiroğlu**, s. 667; **Cin/Akyılmaz**, s.324; **Aydın**, s. 241.

³⁹ Örneğin Osmanlı Devleti'nde İstanbul Mahkemesi tarafından verilen bir kararda Hacı Behram isimli bir kişinin kölesiyle kitabet anlaşması yaptığı ve kitabet bedeli olan otuz bin akçenin ayda seksen akçe olmak üzere taksitli bağlandığı belirtilmektedir. Bkz. **Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 191 numaralı sicil, C:4, İstanbul, Kültür AŞ. Yayınları, Hüküm No.149, s. 167.

⁴⁰ **Ceylan**, s. 201.

yükleyen bir sözleşme olduğundan efendinin kitabet akdinden tek taraflı olarak cayabilmesi mümkün değildir⁴¹.

3. Kefaret Olarak Azat

İslam hukukunda kefarete ‘dinin belirli yasaklarını ihlal eden kimsenin hem ceza hem de Allah’tan mağfiret dilemek amacıyla yükümlü tutulduğu köle azat etme, oruç tutma, fakiri doyurma ve giydirme gibi mali veya bedeni nitelikli ibadetlerin genel adı’ olarak tanımlanmaktadır⁴². Buna göre İslam dininin benimsemediği kimi hareketlerde bulunan kimselerin bunlara karşılık olarak yerine getirmesi gereken eylemlerden biri de, köle azadadır. Bu hareketlerin başında hataen adam öldürme, verilen yemini bozma ve zıhar gelmektedir.

Kur’an’a göre hataen adam öldürme halinde kişinin kefareti öncelikli olarak Müslüman bir köle azat etme olacaktır⁴³. Benzer şekilde bilerek verdiği yemini tutmayan kimsenin kefareti de on fakiri doyurmak veya onları giydirmek ya da bir köle azat etmektir⁴⁴. Kişi, sayılanlar arasından istediğini seçmekte serbest olsa da, köle azadının diğerlerine göre daha üstün olduğu, bu nedenle köle azat etmeye öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵. ‘Kocanın, kendisine haram kılmak amacıyla karısını veya karısının baş, yüz, sırt gibi bütünü ifade eden bir bölümünü evlenmesi dinen yasak olan yakını bir kadına benzetmesi’⁴⁶ olarak tanımlanan zıhar durumunda da karısına geri dönmek isteyen erkeğin öncelikle bir köle azat etmesi gerektiği Kur’an’da açıkça belirtilmiştir⁴⁷.

⁴¹ Fendoğlu, s. 216; Cin/Akyılmaz, s. 324. Buna karşılık kölenin kitabet aktinden cayabilmesi hususu ise fakihler arasında farklı görüşlere yol açmış, Hanefi ve Şafiiler kölenin cayabilmesinin mümkün olduğunu kabul etmişlerdir. Atar (2006), s. 533.

⁴² Yaran, Rahmi (2002) “Kefaret (Fıkıh)”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:25, Ankara, s. 179.

⁴³ Nisa 4/92 ‘...yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin mümin bir köle âzat etmesi...gereklidir. ...Bunları bulamayan kimsenin Allah tarafından tövbesinin kabulü için iki ay peş peşe oruç tutması lazımdır.’

⁴⁴ Maide 5/89.

⁴⁵ Yaran, s. 180.

⁴⁶ Yaman, Ahmet (2013) “Zıhar”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:44, İstanbul, s. 387.

⁴⁷ Mücadele 58/3.

4. Ümmü'l Veled Yoluyla Azad

Efendisinden çocuk sahibi olan cariyeler için getirilmiş özel bir özgürlüğe kavuşma yolu da fıkihta 'istilad' olarak da geçen ümmü'l veled durumudur. Buna göre bir kadın köle, efendisinden çocuk sahibi olduğunda -efendinin bu çocuğun kendisinden olduğunu kabul etmesi şartıyla- ümmü'l veled konumuna geçer. Efendinin ölümüyle birlikte kendisi de doğrudan azat edilmiş olur. Doğan çocuğun kız ya da erkek olmasının bir önemi yoktur. Efendinin, çocuğun kendisinden olduğunu bir kere kabul etmesinden sonra artık köle kadın ümmü'l veled statüsüne geçer ve efendinin ölümüyle özgürlüğüne kavuşacağı kesinleşir. Efendinin bu sözünden geri dönme hakkı yoktur⁴⁸. Efendi, ümmü'l veled statüsündeki cariyesini satamaz, bağışlayamaz, rehnedemez⁴⁹. Ancak mülkiyeti kendinde kalmak şartıyla ümmü'l veled cariyesini başkasına kiralayabilir, kendi işlerinde çalıştırabilir ve hatta onu başkasıyla evlendirebilir⁵⁰.

Ümmü'l veled ile ilgili bir istisnadan da bahsetmek gerekmektedir. Kural olarak köle anneden doğan çocuklar da köle olarak kabul edilmekle birlikte efendinin kendi cariyesinden olan çocuğu her ne kadar köle bir anneden doğmuş olsa da doğduğu andan itibaren hür olacaktır. Böylece normal şartlarda köle olarak doğacak ve tarihsel gelişim içerisinde kölelik kurumunun devam etmesinde payı olacak bir çocuk kendiliğinden özgür hale getirilmekte ve İslam hukukunun arzu ettiği şekilde köleliğin ortadan kaldırılmasına yönelik bir adım daha atılmış olmaktadır. Sonuçta ümmü'l veled kurumu sadece köle kadının kendisini değil, onun çocuğunu da kölelikten kurtararak etkisini daha da genişletmiş olmaktadır. Ümmü'l veled kadının başkasıyla evlendirilmesi durumunda bu evlilikten doğacak çocukların da annenin statüsüne tabi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, efendisi hayatta olduğu sürece kadın köle kalmaya devam edeceğinden, bu kadından doğan çocuklar da köle olarak

⁴⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 127.

⁴⁹ Cin/Akyılmaz, s. 325;

⁵⁰ Merginani, *Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir* (2018) El-Hidaye Tercemesi, C:2, İstanbul, Kahraman Yayınları, (Çeviren: Meylani, Ahmed), s. 384

doğacaklardır. Ancak efendinin ölümüyle kadın özgürlüğüne kavuşacağından artık çocukları da özgür olacaktır⁵¹.

II. KÖLELİĞİN SONA ERME YOLU OLARAK TEDBİR

Köleliği sona erdirme yollarından biri olan tedbir, efendinin kendi ölümüne bağlı olarak kölesini azat etmesi anlamına gelmektedir⁵². Tedbir sözcüğü, Arapça ‘*dbir*’ kökünden gelir ve ‘arka’ anlamını taşır. Kişinin ölümünün hemen arkasından kölenin özgürlüğüne kavuşması nedeniyle, bu yönteme tedbir adı verilmiştir⁵³. Burada kölesinin kendi ölümünden sonra azat edilmesini isteyen efendiye ‘müdebber’; azat edilecek olan köleye de ‘müdebber’ denir⁵⁴.

Tedbirin kaynaklarına bakıldığı zaman, tedbir hakkında açık bir Kur’an ayetinin bulunmadığı görülür. Ancak, kişinin tek taraflı irade beyanı ve herhangi bir karşılık beklemeden bu yola başvurusu aslında tedbirin bir nevi gönüllü azat olduğu yorumuna sebebiyet vermiştir. Kur’an’daki köle azadına ilişkin ayetlerle birlikte, ‘...hayır işleyin ki kurtuluşa eresiniz.’⁵⁵ ayetinde olduğu gibi hayır işlemenin övüldüğü Kur’an ayetlerinin de tedbir için kaynak oluşturduğu kabul edilmiştir⁵⁶. Anılan Kur’an hükümlerinin yanı sıra tedbir, esas kaynağını hadislerden ve icmaktan almıştır⁵⁷.

⁵¹ Fendoğlu, s. 228-229; Ceylan, s. 211. ‘Zeyd, Amr’ın azadsız ümm-i veledi olan Hind’i nikahla alıb Zeyd’in Hind’den oğlu olsa zikr olan veled hür olur mu? El-Cevab: Anası gibi olur, Amr fevt oldukta azad olur.’ Akgündüz, Ahmed (2018) Şeyhü’l-İslam Ebüssü’ud Efendi Fetvaları, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 251.

⁵² Atar, Fahreddin (2011) “Tedbir”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:40, İstanbul, s. 258.

⁵³ Akgündüz (1997), s. 136; İbn Kudame (2015) el-Muğni Muhtasarı, C:4, İstanbul, Karınca Polen Yayınları, (Çeviren: Tunçer, A. Alpaslan) s. 582.

⁵⁴ İbn Mace, s. 93.

⁵⁵ Hac 22/77

⁵⁶ Atar (2011), s. 258. Öyle ki, tedbirin kendi başına köleliği sona erdirmenin yollarından biri olmadığı, sadece gönüllü azatın bir türü olduğu da kabul edilmektedir. Bkz. Aydın, s. 240.

⁵⁷ Atar (2011), s. 258; İbn Kudame, s. 582. Kütüb-i sittenin tamamında Hz. Muhammed’in müdebber kılınmış bir köleyi satmasına ilişkin hadisinin yer alması, tedbirin Sünnet kapsamındaki dayanağını oluşturmuştur. İlgili hadisnin yer aldığı eserlere bir örnek için bkz. İbn Mace, s. 93-94.

A. TEDBİRİN KURULMASI

Tedbir, efendi tarafından tek taraflı bir hukuki işlemle kurulur. Bu bakımdan bağış hükümlerine benzemektedir. Diğer taraftan tedbir işlemi, hükümlerini efendinin ölümüyle doğuracağından burada aslında bir vasiyetnamenin varlığından da söz edilebilir. Ancak tedbir işlemine aşağıda daha detaylı görüleceği üzere sıradan bir vasiyetnamenin ötesinde hükümler bağlandığından, tedbiri sadece bir vasiyetname olarak görmek uygun olmayacaktır. Tedbir, efendiyi bağlayıcı bir işlemdir. Vasiyetnamelerde, miras bırakanın istediği zaman vasiyetinden dönebileceği kuralının⁵⁸ aksine, genel kabul gören görüşe göre efendi, bir kere tedbir işleminde bulunduktan sonra artık bundan dönemez⁵⁹.

Tedbir işleminde bulunacak efendi, Müslüman ya da zimmi olabilir⁶⁰. Hakim görüşe göre tedbirin geçerli olması için tedbir anlamını içeren sözlerin söylenmesi yeterli görülmüştür. Bu doğrultuda efendinin ‘ben öldükten sonra hürsün’ ya da ‘ben seni müdebber kıldım’ sözlerini ya da bu anlama gelecek benzer bir sözü söylemesiyle tedbir işlemi kurulmuş olur⁶¹. Uygulamada tedbiri kolaylaştırmak ve kapsamını genişletmek amacıyla tedbir hükümlerinin daha geniş ve köleler lehine yorumlandığı görülmektedir. Örneğin bir kişinin ‘sahip

⁵⁸ Arı, Abdüsselam (2012) “Vasiyet”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:42, İstanbul, s. 553.

⁵⁹ Aydın, s. 240; Ceylan, s. 206. Ancak Şafii fakihler içinden bir kısmın, tedbiri vasiyetname hükümleri ile eş tutarak efendinin istediği zaman bundan dönebileceğini kabul ettikleri görülmektedir. Bkz. Fendoğlu, s. 222.

⁶⁰ Kara Mihail v. Hristo adlı zimmi efendinin, Rus asıllı kölesi Yuvan v. Bahto’yu müdebber kılmasına dair kadı sicili için bkz. Yılmaz, Coşkun (Editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri, Ahi Çelebi Mahkemesi 1 Numaralı sicil, İstanbul, Kültür AŞ Yayınları, Hüküm No.27, s. 66. Osmanlı Devleti uygulamasında zimmilerin köle sahibi olmalarının kimi dönemlerde yasaklandığı görülmektedir. Zimmilerin anılan örnekte de olduğu gibi kölelerine tedbir uygulamaları şüphesiz ki köle sahibi olmalarına izin verilen dönem bakımından söz konusudur. Zimmilerin köle sahibi olmalarının yasaklanmasına dair detaylı bilgi için bkz. Karataş, s. 139-141.

⁶¹ Atar (2011), s. 258. Öyle ki efendinin ‘benim başıma bir iş gelirse özgürsün’ şeklindeki bir cümlesiyle de tedbirin kurulabileceği kabul edilmektedir. Zira ‘başına bir iş gelmek’ deyiminin adete göre ölmek anlamında kullanıldığı kabul edilmektedir. Bkz. Serahsi, Şemsü'l-emime Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed (2008) Mabsut, Akşit, Mustafa Cevat (Editör), İstanbul, Gümüşev Yayınları, s. 286.

olduğum tüm kölelerim müdebberdir' şeklinde bir cümle sarf ettikten sonra yeni köle satın alması durumunda, her ne kadar tedbir iradesini oraya koyduğu andaki köleleri arasında bu yeni kölesi bulunmasa da kişinin ölümüyle, sonradan edindiği kölelerin de tedbir kapsamında özgür olacağı kabul edilmektedir⁶².

Tedbirin kurulması için herhangi bir şekil şartı bulunmamakla birlikte uygulamada tedbir işlemlerinin genellikle kadı huzurunda yapıldığı ve böylece sonradan ispatında güçlük yaşanmasının önüne geçilmek istendiği görülmektedir. Örneğin İstanbul'da yaşayan Hacce Amine Hatun adlı bir kimse mahkemeye giderek Rus asıllı cariyesi Mülayim'i mutlak tedbir ile müdebber kıldığını belirtmiştir⁶³. Başka bir kararda ise Süleyman b. Abdüsselam isimli bir efendi, Gürcü asıllı kölesi Yusuf'u mukayyed tedbirle müdebber kıldığını mahkeme huzurunda dile getirmektedir⁶⁴.

Nitekim kurulurken kayıt altına alınmayan tedbirlerden dolayı efendinin ölümünün ardından kimi uyuşmazlıkların yaşanması mümkündür. Uygulamada da görüldüğü üzere, ölen efendinin mirasçıları, müdebber köleyi doğrudan terekenin bir parçası kabul edebilmekte, onun tedbire tabi olduğunu görmezden gelebilmektedir. Bunun üzerine kölenin, özgürlüğünün tespiti için kadıya başvurduğu ve delil olarak iki şahit getirmesiyle özgürlüğünün tescil edildiği ve tereke mallarından ayrıldığı görülmektedir⁶⁵.

Tedbirin tek taraflı bir hukuki işlem olmasından dolayı geçerliliği için kölenin rızası aranmaz. Tedbir işlemi kurulduğu andan itibaren, kölenin efendisinin ölümüyle özgürlüğüne kavuşacağı kesinleşir. Tedbir işleminin geçerli olması için efendinin tam ehliyetli olması gerektiği kabul edilmektedir.

⁶² **Abdullah Efendi, Yenişehirli** (2011) Behcetü'l-Fetava, Kaya, Süleyman/Algın, Betül/Trabzonlu, Zeynep/Erkan, Asuman (Hazırlayanlar), İstanbul, Klasik Yayınları, s. 147.

⁶³ **Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2011) İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 numaralı sicil, İstanbul, İSAM Yayınları, Hüküm No.41, s. 114.

⁶⁴ **Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2011), Hüküm No.166, s. 191.

⁶⁵ Selim Ağa isimli efendinin ölümünün ardından kölesi Ali'nin, mirasçılar tarafından terekenin bir parçası olarak görülmesinin üzerine mahkemeye başvurarak kendisinin mutlak tedbirle müdebber kılındığı ve bu nedenle terekeden ayrılmak istediğine dair mahkeme kaydı için bkz.: İstanbul Kadı Sicilleri, Ahi Çelebi Mahkemesi 1 numaralı sicil, Hüküm No.293, s.219 ve Hüküm No.512, s. 350.

Buna göre ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmuş kişiler tedbir işleminde bulunabileceklerdir⁶⁶. Bu doğrultuda, henüz erginliğe ulaşmamış bir kişinin sahip olduğu kölesini müdebber kılması geçerli görülmemekte, eğer aynı niyeti devam ediyorsa erginliğe ulaştıktan sonra kölesi hakkında tekrar tedbir işlemi yapabileceği kabul edilmektedir⁶⁷. Benzer şekilde henüz erginliğe ulaşmamış bir kişinin, ‘ergin olunca sahip olacağım bütün kölelerim müdebberdir.’ diyerek tedbir işlemi yapması da geçerli kabul edilmemektedir.⁶⁸ Bununla birlikte, tedbir işlemini yaptıktan sonra efendinin temyiz kudretini yitirmesi tedbirin geçerliliğine etki etmez⁶⁹.

Diğer taraftan, kişinin ikrah altında tedbir yoluna başvurmak zorunda kalması durumunda ise her ne kadar gerçek iradesi bu yönde olmasa da, böyle tedbirlerin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁷⁰. Görüldüğü üzere köle lehine yorum ilkesi bir kere daha kendisini göstermektedir.

Tedbirin geçerli olabilmesi için efendinin, köle üzerinde mülkiyet hakkının bulunması gereklidir. Bazı durumlarda ise aynı köle üzerinde birden fazla kişinin mülkiyet hakkının bulunması söz konusu olabilir. Köle üzerindeki bu ortaklık, alelade kişiler arasında olabileceği gibi karı-kocanın köle üzerindeki ortak mülkiyeti şeklinde de ortaya çıkabilir⁷¹. Köle üzerinde ortak mülkiyet bulunması halinde, her bir ortak kendi payı oranında tedbir işleminde bulunabilecektir; ancak böyle bir durumda, yani üzerinde ortaklık bulunan köleye ilişkin olarak ortaklardan birinin tedbir yoluna gitmesi halinde, kölenin ne şekilde özgürlüğüne kavuşacağı meselesi, tedbirin bölünebilirliği konusundaki görüş ayrılıklarını da beraberinde getirmiştir.

Maliki, Şafii, Hanbeli hukukçular ile Hanefiler’den Ebu Yusuf ve İmam Muhammed köle azatlığının ve bunun bir uzantısı olarak tedbirin

⁶⁶ Atar (2011), s.258; Serahsi, s. 291.

⁶⁷ “Zeyd-i sağır cariyesi Hind’i tedbir-i mutlak ile tedbir eylese Zeyd baliğ oldukda Hind’i bey’a kadir olur mu? El-Cevab: Olur.” Fezullah Efendi (2009) Fetava-yı Fezyiye, Kaya, Süleyman (Hazırlayan), İstanbul, Klasik Yayınları, s. 102.

⁶⁸ Serahsi, s. 291.

⁶⁹ Serahsi, s. 294; Akgündüz (1997), s. 137.

⁷⁰ İkrâh-ı muteber ile olan tedbir şer’an sahih ve muteber olur mu? El-Cevab: Olur. Abdullah Efendi, s. 148.

⁷¹ “Zeyd, zevci Hind ile müşterek olduğu cariyeleri...” Akgündüz (2018), s. 248.

bölünemeyeceğini savunmaktadır⁷². Buna göre, ortaklardan biri köleyi müdebber kıldığı zaman, o ortağın ölümüyle kölenin özgürlüğüne kavuşacağı kesinleşmiş olur. Diğer ortakların buna rıza göstermemelerinin bir önemi yoktur. Ancak doğaldır ki bir ortağın köleyi müdebber kılması, diğer ortaklar aleyhinde maddi zarara yol açacaktır. Diğer ortakların uğrayacakları bu zararı tazmin etmek de, köleyi müdebber kılan ortağa düşer. Hz. Muhammed'in 'Kim kendisiyle başkası arasında ortak bir köleyi hissesi oranında azad ederse onun vücudunun tamamını kölelikten kurtarmak da ona düşer.' sözü ve bu konudaki benzer diğer hadisler bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır⁷³.

Buna göre, ortaklardan biri köleyi müdebber kılmakla, kendi payı dışında kalan kölenin bedelini diğer ortaklara ödeme borcu altına da girmiş olmaktadır. Eğer ortağın, kölenin kalan bedelini tazmin edecek malı yoksa, köle yine tamamen müdebber olur; ancak bu sefer, Hz. Muhammed'in '...eğer yeterli malı yoksa...köle çalıştırılır'⁷⁴ sözüne binaen özgürlüğüne kavuştuktan sonra çalışarak geriye kalan bedelin parasını çıkarmakla ve bunu diğer ortaklara ödemekle yükümlü kılınır⁷⁵.

Köle azatlığının ve dolayısıyla tedbirin bölünebileceğini düşünen Ebu Hanife'ye göre ise ortaklardan birinin köleyi müdebber kılması durumunda, o ortağın ölümüyle birlikte köle sadece ortağın köle üzerindeki payı oranında azatlanmış olur⁷⁶. Kalan miktar bakımından köle kalmaya devam edecektir. Diğer bir deyişle, pratik sonuç bakımından kölelik statüsünde bir değişiklik yaşanmamış olacaktır. Böyle bir durumda diğer ortakların elinde çeşitli ihtimaller mevcuttur. Dilerlerse kendi payları açısından köleyi gönüllü azat edebilir ya da kendi payları oranında onlar da köleyi müdebber kılabilirler. Bu yollardan birine başvurmak istememeleri halinde, kölenin çalışarak azatlanmamış payının değerini kazanıp kendilerine ödemesini ve böylece kölenin özgürlüğüne kavuşmasını sağlayabilirler. Bu durumda köleyle kitabet

⁷² Atar (2011), s. 258; Fendoğlu, s. 240.

⁷³ Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as Es-Sicistani (2017) Sünen-i Ebu Davud, C:14, İstanbul, Şamil Yayınları, (Çeviren:Yeniçel, Necati/Kayapınar, Hüseyin), s. 25-26.

⁷⁴ Ebu Davud, s. 28-29.

⁷⁵ Fendoğlu, s. 240.

⁷⁶ Serahsi, s. 295.

akti kurulmuş olacaktır ve köle mukatep köle statüsüne geçecektir. Son bir ihtimal de, köleye tedbir uygulayan ortağın yeterli parası varsa, diğer ortakların kölenin kalan bedelini bu ortakdan talep edebilmeleridir. Köleyi başta müdebber kılmış olan ortak dilerse ödediği bu meblağ için köleyle kitabet akdi kurabilir ve kölenin çalışıp bu bedeli kendisine vermesini isteyebilir⁷⁷.

Ortaklık halinde tedbirin bölünebilmesine dair farklı iki görüş karşılaştırıldığında, ilk bakışta Ebu Hanife'nin görüşünün daha çok müdebber lehine; Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in görüşlerinin ise müdebber köleler lehine olduğu söylenebilecektir. Zira ilk durumda köle her ne kadar müdebber olsa da diğer ortakların payları oranında köle kalmaya devam edecekken; ikinci görüşte köle bir kere müdebber kılındığı andan itibaren her halükarda özgürlüğüne kavuşacaktır. Ancak Ebu Hanife'nin görüşü daha detaylı incelendiğinde aslında burada tedbirin teşvik edilme amacının güdüldüğü görülebilecektir. Bu görüşte tedbir yoluna başvurulması, müdebberler için herhangi bir yükümlülük getirmediğinden köle üzerindeki ortaklardan her biri dilediğinde tedbir yoluna başvurabilecektir. Böylece diğer ortaklara da köleyi azat etme yönünde örnek teşkil etme ihtimalleri de doğmuş olacaktır.

Osmanlı Devleti uygulamasında köle üzerinde ortak mülkiyet bulunduğu hallerde ortaklardan birinin köleyi kendi payı oranında müdebber kılması halinde diğer ortakların kölenin kendilerine ait bedelini, eğer müdebberin yeterli miktarda malı varsa, ona tazmin ettirebildiği görülmüştür⁷⁸.

Tedbirin kurulması sırasında efendi isterse kölesine birtakım mallarını da vasiyet edebilir. Kural olarak kölelerin mülkiyet hakkı bulunmasa da, köleler efendilerinin ölümüyle özgürlüğe kavuşacaklarından, tedbir işlemi sırasında efendinin kölesine kimi mallarını bağışlaması mümkün kılınmıştır. Doğaldır ki köleler bu mallara efendinin ölümü üzerine özgür olduktan sonra sahip olabileceklerdir. Örneğin Mahmut Efendi isimli kişinin ölümünün ardından müdebber kölesi Hüsnügül Hanım, efendisinin tedbir işlemi sırasında kendisine bin kuruş vasiyet ettiğini ileri sürerek bu miktarı mirasçılardan talep etmiştir. Mirasçılardan bu talebi reddetmeleri üzerine, iki şahit getirerek iddiasını

⁷⁷ İbn Mace, s. 116-118.

⁷⁸ Feyzullah Efendi, s. 102.

ispat eden Hüsnügül Hanım'a mahkeme, murisin terekesinden bin kuruşun verilmesine hükmetmiştir⁷⁹. Yine benzer başka bir kararda Fatma Hatun isimli bir efendinin, Ferah adındaki Rus asıllı kölesini mutlak tedbirle müdebber kıldığı ve kendisine döşek, yorgan, çarşaf vb. çeşitli ev eşyalarını ve kimi kıyafetlerini vasiyet ettiği belirtilerek, bu malların müdebberlere verilmesine hükmedilmiştir.⁸⁰

B. TEDBİRİN ÇEŞİTLERİ

Tedbir, müdebberin ifadelerine göre dört farklı şekilde ortaya çıkabilir. Bunlar; mutlak, mukayyed, muallak ve muzaf tedbirlerdir.

1. Mutlak Tedbir

Mutlak tedbir, efendinin tedbirin gerçekleşmesi için hiçbir şart koşmadığı tedbir türüdür. Doğaldır ki burada kastedilen, efendinin ölümü dışında ek bir şart konulmamasıdır. Örneğin efendinin '*ben öldükten sonra hürsün*' şeklinde kuracağı bir cümle, içinde tedbirin mahiyeti gereği var olan ölüm şartı dışında başka hiçbir şart taşımadığından mutlak tedbir olarak nitelendirilecektir.

Diğer taraftan, efendinin kölesine belirli bir malını ya da mal varlığının belirli bir kısmını vasiyet etmesi halinde de kölesini mutlak tedbirle müdebber kıldığı anlamına geldiği kabul edilmektedir.⁸¹ Normal şartlar altında efendinin ölümünün ardından köleye herhangi bir mal ya da hisse kalması söz konusu olmayacak; bilakis köle, efendisinin terekesinin bir parçası olarak görülecektir. Kişi aynı anda terekenin hem parçası hem de hak sahibi olamayacağından, burada efendinin amacının aslında kölesini müdebber kılmak olduğu ileri sürülmüştür.

⁷⁹ **Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 397 numaralı sicil, İstanbul, Kültür AŞ Yayınları, Hüküm No. 243, s. 191.

⁸⁰ **Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2011), Hüküm No.128, s. 169.

⁸¹ **Bilmen, Ömer Nasuhi** (1985) Hukukî İslamiyye ve İstilahatı Fikhiyye Kamusu, C:4, İstanbul, Bilmen Yayınevi, s. 39.

2. Mukayyed Tedbir

Tedbirin ikinci türü olan mukayyed tedbir ise kayıt altına alınmış; yani tedbir için ek bir şart koşulmuş olan tedbir demektir. Bu şartın efendinin ölümüne dair bir şart olması gerekir⁸². Örneğin '*ben yakalandığım bu hastalık sonucu ölürsem hürsün*' şeklindeki bir tedbir iradesi, ölüme dair şart taşıdığından mukayyed tedbir olarak adlandırılacaktır. '*Hac yolunda ölürsem kölem azat olsun*' beyanı da bir mukayyed tedbir örneğidir. Bu durumda efendinin hac yolunda ölmesi durumunda kölesi azat olacak, mirasçılardan o köleyi kendi miras paylarına katmaları mümkün olmayacaktır⁸³. Efendi, eğer tedbir beyanında belirtilen şekilde ölmezse, tedbir hüküm doğurmamış olacaktır. Efendinin sonradan başka bir sebeple ölmesi, yapılan tedbir işlemi açısından bir önem taşımaz.

Ölümün gerçekleşmesinin belli bir süreyle kayıt altına alınması hali de, mukayyed tedbir kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin '*ben beş yıl içinde ölürsem müdebbersin*' şeklindeki bir tedbir beyanında efendinin beş yıl içinde ölmesi durumunda köle özgür olmuş olacaktır. Beş yılın ardından meydana gelecek bir ölüm ise kölenin statüsünü etkilemeyecektir. Diğer taraftan, efendinin '*ben yüz yıl içinde ölürsem müdebbersin*' gibi, ölümün gerçekleşmesi neredeyse mutlak olan bir süreyi tedbire şart kılması halinde ve kişinin yaşlarının da genellikle o kadar süre içinde zaten öldüğünün bilindiği durumda kölenin mukayyed değil; mutlak tedbirle müdebber olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. Zira kişi, anılan süre sonuna kadar her halükarda öleceğinden, artık tedbirin gerçekleşmeme ihtimali ortadan kalkmış olacak; yani aslında tedbire ek bir şart sürülmemiş olacaktır. Böyle durumlarda da mutlak tedbir hükümleri uygulanacaktır.

3. Muallak Tedbir

Bir diğer tedbir türü olan muallak tedbirde ise efendi kendi ölümüne değil; tedbir işlemine bir şart koşturmuştur. Efendinin koyduğu şart gerçekleştiği

⁸² Ceylan, s. 207.

⁸³ Feyzullah Efendi, s. 705.

⁸⁴ Merginani, s. 383.

takdirde, köle özgürlüğüne kavuşacaktır. Örneğin ‘*şu işi yerine getirirsen müdebbersin*’ şeklindeki bir tedbir beyanı, tedbiri kölenin yerine getireceği bir işleme şart koştuğu için muallak tedbir olarak anılır. Burada köle, şartı yerine getirirse efendinin ölümünün ardından özgürlüğüne kavuşmuş olacaktır. Muallak tedbirde önemli olan husus, şartın efendinin ölümünden önce yerine getirilmiş olmasıdır⁸⁵. Eğer köle efendinin sağlığında şartı yerine getirirse efendinin ölümüyle tedbir hükümlerini doğurmuş olur. Aksi halde, efendi öldüğünde eğer şart hala yerine getirilmemişse tedbir de hükümsüz kalacak; şartın efendinin ölümünden sonra yerine getirilmesi bir hüküm ifade etmeyecektir. Benzer şekilde, ‘*ölünceye dek bana sadakatle hizmet edersen müdebberr ol*’ gibi bir beyan da muallak tedbir örneği teşkil etmektedir⁸⁶. Kölenin, sahibine sadakatsizlik yapması durumunda özgürlüğüne kavuşması mümkün olmayacaktır.

Muallak tedbire konulacak şart, bir eylemin yerine getirilmemesi şeklinde olumsuz bir şart da olabilir. Bu durumda efendi ölünceye dek o eylem gerçekleşmezse köle efendinin ölümüyle özgürlüğüne kavuşmuş olur. Örneğin, efendinin ‘*ben ölünceye kadar içki içmezsen müdebbersin*’ şeklinde, kölenin davranışına dair bir şart koyması durumunda muallak tedbir söz konusu olmaktadır. Eğer köle, efendinin ömrü süresince içki içerse şartı yerine getirmemiş olduğundan tedbir işlemi de geçerliliğini yitirecektir⁸⁷. Aksi durumda, efendinin ölümüyle özgürlüğüne kavuşacaktır.

4. Muzaf Tedbir

Tedbirin son çeşidi olan muzaf tedbir ise ‘belli bir zamanın girmesi ya da çıkmasına bağlanan tedbir’ olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. Burada, tedbir işleminin sonuçlarını doğurması bir zamana bağlanmıştır. ‘*Cuma gününden itibaren müdebbersin*’ cümlesi bir muzaf tedbir örneğidir. Bu durumda, ancak cuma gününden itibaren tedbir işlemi hükümlerini ifade etmeye başlayacaktır.

⁸⁵ Bilmen, s. 39.

⁸⁶ Ahmed Efendi, es-Seyyid/Ahmed el-Gedusi, es-Seyyid Hafız Mehmed (Derleyen) (2014) Neticetü'l Fetava, İstanbul, Klasik Yayınları, s. 93; Abdullah Efendi, s. 148.

⁸⁷ Abdullah Efendi, s. 148.

⁸⁸ Fendoğlu, s. 223; Atar (2011), s. 258.

Anılan zaman gelmeden önce efendinin ölmesi durumunda köle özgürlüğüne kavuşamayacaktır. Söz konusu zamanın gelmesiyle birlikte ise artık köle müdebberdir, efendinin ölümüyle özgür hale gelir.

C. TEDBİRİN HÜKÜMLERİ

Tedbirin hükümleri, efendinin ölümü öncesinde ve sonrasında çeşitlilik göstermektedir. Konunun daha detaylı incelenebilmesi amacıyla, bu hükümleri iki ayrı başlık altında incelemek yerinde olacaktır.

1. Efendinin Ölümünden Önce

Efendinin ölümünden önce tedbirin hükümlerine bakıldığında ilk olarak söylenebilir ki müdebber kölelerin dahil olacakları hukuki işlemlerde diğer kölelerden farklı bir muameleye tabi tutulmaları söz konusu değildir⁸⁹. Müdebber olsalar dahi, efendileri ölmediği sürece köle kalmaya devam edeceklerinden, bu köleler diğer kölelerin bağlı bulunduğu sınırlamalara tabidirler. Bu durumda müdebber köleler, tıpkı diğerleri gibi efendilerinden izinsiz kendilerini borç altına sokacak hukuki işlemleri yapamayacaklar, ceza hukuku bakımından diyet ödenmesi gereken bir suç işlediklerinde diyetleri efendi tarafından ödenecek, haksız fiillerde de tazmin borcunu efendileri yerine getirecektir.

Tedbir işlemi bir kere kurulduktan sonra artık bundan dönülemeyeceği yukarıda belirtilmişti. Yine de kölelerin lehine olmak üzere bu kuralın istisnasının bulunduğu söylenebilir ki bu da, efendinin müdebber kıldığı kölesinin kendi ölümünden önce özgürlüğüne kavuşmasını istemesi halidir. Efendi bu amaçla kölesini gönüllü azat edebilir veya kölesiyle kitabet akdinde bulunabilir⁹⁰. Her iki durumda da kölenin, tedbire nazaran daha kısa bir süre içinde özgürlüğüne kavuşma ihtimali olmaktadır. Tedbirden vazgeçilememe kuralının genişletilmesinin asıl amacı da budur. Böyle bir durumda gönüllü azat edilen ya da kitabet akdinde bulunan köle, henüz efendisi hayattayken

⁸⁹ Ceylan, s. 207-208.

⁹⁰ Atar (2011), s. 258. “Zeyd, müdebber eylediği cariyeyi azad eylese, azad olur mu? El-Cevab: Olur.” Akgündüz (2018), s. 248.

dahi özgürlüğüne kavuşabilecek; onun ölümünü beklemek zorunda kalmayacaktır. Kitabet akti yapılan müdebber köle, eğer efendisinin sağlığında gerekli bedeli ödeyemezse, yine de efendinin ölümüyle birlikte tedbir hükümleri gereği özgürlüğüne kavuşmuş olacak; kitabet bedelini ödeme yükümlülüğünden de kurtulacaktır⁹¹.

Mülkiyeti kendisinde kalmak şartıyla efendi, müdebber kıldığı kölesinden yararlanmaya eskisi gibi devam edebilir. Bu doğrultuda kendi emrinde dilediği şekilde çalıştırabileceği gibi isterse müdebber kölesini başkasına kiralayabilir. Aynı zamanda müdebber kölesini evlendirebilir, eğer cariyeyse ondan cinsel olarak yararlanmaya devam edebilir⁹². Bu açıdan müdebber kölelerin diğer kölelerden bir farkı bulunmamaktadır.

Efendinin müdebber kölesini mülkiyetinden çıkarıp çıkaramayacağı ya da yaygın karşılaşılan haliyle efendinin müdebber kölesini satıp satamayacağı meselesi mezhepler arasında fikir ayrılığına sebep olmuştur. Tedbir kurumunun varlığına da delalet gösterilen meşhur hadise göre Hz. Peygamber, bir kişinin müdebber kölesini satmış ve bedelini de kölenin eski sahibine vermiştir⁹³. Hanefi ve Malikiler, bu hadisi mukayyed müdebber köleler açısından yorumlamışlar ve mukayyed müdebber kölelerin satılabileceği; mutlak müdebber kölelerin ise satılamayacağına hükmetmişlerdir. Şafii ve Hanbeliler ise hadisi görünümüne göre yorumlayarak, ister mutlak ister mukayyed olsun her türlü müdebber kölenin satışının mümkün olduğunu kabul etmişlerdir⁹⁴.

Mutlak müdebber kölelerin satılamayacağını kabul eden görüşe göre bu köleler, mülkiyetlerinin sahibinin elinden çıkmasına sebep olacak satış, bağışlama gibi bir işleme tabi tutulamayacak; ama tedbir, mutlak dışındaki diğer üç çeşitten biriyle kurulmuşsa bu durumda efendinin isteğiyle köle satılabilecek ya da başka bir yolla mülkiyeti elden çıkarılabilecektir. Osmanlı

⁹¹ **Serahsi**, s. 307.

⁹² **Serahsi**, s. 290; Müdebber kölenin, kendisini çalıştırmak isteyen efendisine karşı yapacağı itirazın kabul edilmeyeceğine dair bkz. **Feyzullah Efendi**, s. 102.

⁹³ **İbn Mace**, s. 93. Bu hadis hakkında daha önce yapılan açıklama için bkz. dn. 57.

⁹⁴ **Merginani**, s. 382; **İbn Kudame**, s. 583.

Devleti uygulamasında da Hanefilerin görüşüne uygun olarak mutlak müdebber kölelerin mülkiyetinin elden çıkışı uygun bulunmamıştır⁹⁵.

Tedbirin mutlak mı mukayyed mi olduğunun belli olmaması halinde ise, diğer bir deyişle efendinin kölesini müdebber kıldığı anda bunun hangi tür tedbir olduğunu belirtmemesi halinde tedbirin mutlak tedbir olduğuna hükmedileceği kabul edilmektedir⁹⁶. Böylece o tedbire mutlak tedbir hükümleri uygulanacaktır. Mutlak tedbir hükümlerinin diğerlerine oranla kölenin daha lehine hükümler içermesi, bu yönde yorum yapılmasını uygun kılmıştır.

2. Efendinin Ölümünden Sonra

Efendinin ölümüyle birlikte müdebber kölenin özgürlüğüne hangi şartlar altında kavuşacağı meselesi de mezhepler arasında fikir ayrılıklarından bir diğerini oluşturmuştur. Şöyle ki, her ne kadar tedbirin vasiyetnameden ayrı bir işlem olduğu kabul edilse de, efendinin ölümünden sonra yürürlüğe gireceğinden ve tedbir gereği kişinin malvarlığında (ölümünden itibaren terekesinde) meydana gelecek azalma mirasçıları doğrudan etkileyeceğinden, kimi hukukçular tedbirin hükümlerini vasiyetname hükümlerine eş kılmışlar; bu kuralı da Hz. Peygamber'in 'müdebber...mirasın üçte birinden hürdür.' hadisine dayandırmışlardır⁹⁷. Vasiyetnamelerin miras bırakanın dileğine uygun bir biçimde aynen uygulanabilmeleri için terekenin üçte birini geçmemesi gerekir⁹⁸. Tedbir için de aynı kural uyarınca, efendinin ölümü anındaki terekenin durumuna bakılacaktır. Eğer müdebber kölenin değeri, terekenin üçte birine eşit veya ondan daha az ise tıpkı vasiyetnamelerde olacağı gibi, tedbir işlemi de aynen uygulanabilecek ve köle, efendinin ölümü anında değerinin tamamından azat edilmiş olacaktır.

⁹⁵ “Zeyd kulu Amr’ı tedbir’i mutlak ile tedbir ettikten sonra Zeyd Amr’ı Bekir’e hibe ve teslim eylese hibe-i mezbure sahiha olur mu? El-Cevab: Olmaz.”; “Zeyd, tedbir-i mutlak ile tedbir ettiği kulu Amr’ı Bekir’e bey eylemek sahih olur mu? El-Cevab: Olmaz.” **Feyzullah Efendi**, s. 102. Benzer yöndeki fetvalar için ayrıca bkz. **Abdullah Efendi**, s. 147.

⁹⁶ **Ebussuud Efendi** (2013) Maruzat, (Hazırlayan: Düzenli, Pehlül), İstanbul, Klasik Yayınları, s. 215.

⁹⁷ **İbn Mace**, s. 96; **Merginani**, s. 382.

⁹⁸ **Arı**, s. 553.

Kölenin değerinin, efendinin terekesinin üçte birinden daha fazla olması durumunda ise kölenin özgürlüğüne hangi oranda ve ne şekilde kavuşacağı tedbirin bölünebilmesi meselesiyle bağlantılı olarak çözüme kavuşturulmaktadır. Belirtmekte fayda vardır ki, kölenin değeri terekenin üçte birini aşıyor olsa dahi mirasçılardan tümünün rıza göstermesi halinde, köle yine doğrudan özgürlüğüne kavuşabilecektir⁹⁹. Ancak mirasçılardan bu yolu tercih etmemesi durumunda tedbirin bölünüp bölünmemesi meselesi kendisini gösterecektir.

Tedbirin bölünemeyeceğini kabul edenlere göre, kölenin değeri terekenin üçte birinden fazla olsa dahi, köle efendinin ölümüyle özgürlüğüne kavuşmuş olur. Ancak üçte birden fazla olan değer için çalışması ve kazandığı parayı mirasçılara ödemesi gerekir¹⁰⁰. Tedbirin bölünemeyeceğini kabul eden Ebu Hanife'ye göre ise böyle bir durumda köle sadece terekenin üçte biri kadarki kısımdan özgür olur. Değerinin geri kalanı için ise köle kalmaya devam edecektir. Ancak bu kısım için kendisine çalışma hakkı verilir. Böylece çalışarak kazandığı parayı mirasçılara verdiğinde özgürlüğüne de kavuşmuş olur¹⁰¹. Yani bu görüşte de köle, ölmüş efendisinin isteğine uygun olarak yine özgürlüğünü elde edecektir; ancak değerinin artan kısmını çalışıp mirasçılara ödeyincede kadar köle kalmaya devam edeceğinden, kölelik süresi uzamış olacaktır.

Kimi fakihler ise müdebberin değerinin terekenin üçte biriyle değil; tamamıyla karşılaştırılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹⁰². Bu durumda kölenin değeri terekenin tamamının değerine eşit veya ondan azsa köle doğrudan özgürlüğüne kavuşmuş olacak, aksi halde kalan kısım için çalışma borcu altına girecektir. Bu görüşün kölelerin daha lehine olduğu söylenebilir.

Kölenin değerinin terekenin üçte birinden az ya da fazla olması dışında karşılaşılabilecek bir diğer ihtimal de, terekenin tamamen borca batık olması halidir. Terekeden alacaklıların payları ödendikten sonra geriye hiçbir miktarın kalmaması durumunda normal şartlarda köle de terekenin bir parçası olarak

⁹⁹ Aydın/Hamidullah, s. 243.

¹⁰⁰ Atar (2011), s. 259.

¹⁰¹ İbn Mace, s. 97.

¹⁰² Azınlıkta kalan bu görüşün sahipleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz. İbn Mace, s. 97; Serahsi, s. 282; Fendoğlu, s. 225.

alacaklıların paylarına karşılık onlara verilebilecek ya da satılıp onun bedelinden alacaklıların hakları ödenecektir. Müdebber kölelerin varlığı halinde ise bu köleler efendilerinin ölümü üzerine çalışarak değerlerinin karşılığını kazanmak ve bunu alacaklılara ödemek yükümlülüğü altına gireceklerdir¹⁰³. Bu yükümlülüğü yerine getirmeleriyle birlikte de özgürlüklerini elde etmeleri kesinleşmiş olacaktır. Kölenin çalışıp değerini kazanmasına kadar geçen süre içinde kölelik halinin devam edip etmeyeceği fakihler arasında farklı hükme bağlanmıştır. Aralarında İmameyn'in de bulunduğu çoğunluğun görüşüne göre köle, efendinin ölümüyle özgürlüğünü kazanmış olacak; Ebu Hanife'ye göre çalışıp değerini ödeyinceye kadar köle kalmaya devam edecektir. Hatta bu ikinci görüşe göre, kölenin efendinin ölümü anından itibaren mükatep köle statüsüne geçtiği kabul edilmektedir¹⁰⁴.

Tedbirin vasiyetnameden ayrılan bir diğer noktası, işte tam burada kendini göstermektedir. Terekenin borca batık olması durumunda normal şartlarda öncelik bu borçların ödenmesi olacağından vasiyetnamenin yerine getirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak burada İslam'ın amacına da uygun olarak kölelerin azat edilmelerine engel olmamak adına tereke borca batık olsa dahi, tedbirin her halükarda geçerli sayılacağı kabul edilmiştir. Alacaklıları maddi zarara uğratmamak için de özgürlüğüne kavuşan ya da kavuşacak olan kölenin kendi bedelini kazanıp alacaklılara ödemesi usulü getirilmiştir. Görüldüğü üzere, burada her iki tarafın da menfaatlerinin korunması amaçlanmakta, bir yandan kölenin özgürlüğüne kavuşması garanti altına alınırken bir yandan da alacaklıların tedbir nedeniyle maddi zarara uğramaları engellenmiş olmaktadır.

Efendinin ölümünden sonra tedbirin doğuracağı hükümlerle ilgili olarak ele alınması gereken bir diğer konu da, müdebber kölenin çocuklarının durumudur. Kölelikte babanın değil, annenin durumu esas alındığından tedbir açısından da yine bu kurala paralel şekilde annenin durumuna bakılacaktır. Kural olarak müdebber kılınmış kadın kölenin çocuğu annesinin durumuna

¹⁰³ Serahsi, s. 293-294.

¹⁰⁴ İbn Mace, s. 97; Atar (2011), s. 259. “Zeyd, kulu Amr'ı Tedbir-i mutlak ile tedbir ettikten sonra düyunu terekesinden ezyed olduğu halde fevt olsa dainleri Amr'ı kıymetinde istis'aya kadir olurlar mı? El-Cevab: Olurlar.” Ahmed Efendi/Ahmed el-Gedusi (Derleyen), s. 94.

tabi olur¹⁰⁵. Buna göre, kadın kölelerin müdebber kılındıktan sonra doğuracağı çocukların da müdebber olacağı, efendinin ölümüyle annelerinin özgürlüğe kavuştuğu andan itibaren bu çocukların da kölelikten kurtulacakları kabul edilmektedir. Bu süreçte babanın özgür veya köle olmasının bir önemi bulunmaz¹⁰⁶. Kölenin müdebber kılındığı anda zaten var olan çocukları ise annelerinin bu durumundan yararlanamayacak ve köle kalmaya devam edeceklerdir¹⁰⁷.

D. TEDBİRİN SONA ERMESİ

Tedbirin doğal sona erme yolu, efendinin ölümünün ardından kölenin özgürlüğüne kavuşmasıdır. Ancak bu hal dışında tedbirin sona ermesine neden olacak kimi haller vardır ki bunların gerçekleşmesiyle tedbir işlemi ortadan kalkmış olacağından köle de özgürlüğüne kavuşamayarak köle kalmaya devam etmiş olacaktır. Bunlardan ilki, kölenin ölmesi halidir. Eğer ki müdebber köle henüz efendisi hayattayken ölürse tedbir işlemi de ortadan kalkacak ve köle özgür hale gelemeyecektir. Bu durumda kadın kölelerin çocukları da annelerine tabi olacaklarından, köle kalmaya devam edeceklerdir.

Bir diğer hal, efendinin sağlığında müdebber kölesini satması halidir. Yukarıda açıklandığı üzere, esas olarak mutlak tedbir dışında kalan bir yöntemle müdebber kılınmış köleler için kabul edilen satım halinde kölenin sahibi değişeceğinden, eski sahibinin uyguladığı tedbir işlemi de geçerliliğini yitirmiş olacaktır. Yeni sahibin köleyi müdebber kılması, elbette mümkündür.

Mutlak tedbir dışında kalan diğer hallerde efendinin koyduğu şartın gerçekleşmemesiyle de tedbir işlemi son bulabilecektir. Örneğin yakalandığı bir hastalıktan ötürü ölürse kölesinin müdebber olmasını isteyen bir efendi, o hastalıktan iyileştiği zaman tedbir işlemi de geçerliliğini yitirmiş olacaktır. Yine, 'ölünceye dek bana sadakatle hizmet edersen müdebbersin' ifadesiyle kölenin

¹⁰⁵ **Merginani**, s. 364; **Serahsi**, s. 285.

¹⁰⁶ Burada bahsedilen çocukların, kadın kölenin efendisi dışındaki birinden sahip olduğu çocuklar olduğu unutulmamalıdır. Zira daha önceden de belirtildiği üzere cariyelerin efendilerinden olan çocukları -efendilerinin onları kabul etmeleri şartıyla- doğdukları andan itibaren özgürdürler.

¹⁰⁷ **Bilmen**, s. 41.

muallak tedbir edilmesi halinde kölenin, efendisinin mallarını çaldığı anlaşıldığı an şartı yerine getirmediğinden tedbir de geçersiz hale gelmiş olacaktır¹⁰⁸.

Müdebber kölenin, özgürlüğüne bir an önce kavuşabilmesi için efendisinin ölümünü beklemek yerine onu öldürme yoluna gitmesi de karşılaşılabilecek bir diğer ihtimaldir. İslam hukukunda genel kural, kendisine vasiyetname bırakan kişinin ölümüne yol açan kimsenin o vasiyetten mahrum kalmasıdır¹⁰⁹. Tedbiri vasiyetnameden ayıran bir diğer nokta da burada karşımıza çıkmaktadır. Müdebber köle, bir an önce özgürlüğüne kavuşmak için kendi efendisini öldürse dahi, hakim olan görüşe göre tedbirden mahrum bırakılmayacak ve efendisinin ölümüyle yine de özgürlüğüne kavuşmuş olacaktır¹¹⁰. Doğaldır ki köle, öldürme fiilinden dolayı yargılanabilecek ve gerekli cezaya çarptırılabilir¹¹¹. Ancak bu yargılama, onun özgürlüğüne kavuşmasına engel olmayacaktır. Anılan bu kuralın, İslam hukukunun amacına uygun olarak kölelerin mümkün olduğunca özgürlüğe kavuşmalarını sağlama ve bunun önüne geçmeme niyetinin bir sonucu olduğu görülmektedir. Efendisini öldürmeye çalışan kölenin eğer başarılı olamazsa onun yanında yaşamaya devam etmek zorunda olacağı açıktır. Ancak bu durumda efendinin artık bu köleye sahip olmak istemeyeceği ve onu elinden çıkarmak amacıyla satmaya çalışacağı kendisinden beklenebilecek bir davranıştır. Ne var ki, mutlak müdebber kölelerin satılmayacağı kuralı, burada da kendisini gösterir. Eğer köle mutlak müdebber bir köleyse efendi, kölenin mülkiyetini elinden çıkarabilecek bir işlem yapamayacaktır¹¹². Onun yerine efendilerin, böylesi

¹⁰⁸ **Abdullah Efendi**, s. 148.

¹⁰⁹ **Arı**, s. 554.

¹¹⁰ **Ceylan**, s. 210. Hanbeliler ise bu görüşe karşı çıkarak, böyle bir durumda tedbirin batıl hale geleceğini kabul etmişlerdir. **İbn Kudame**, s. 584.

¹¹¹ Nitekim Hz. Peygamber döneminde kendisine yakınlığıyla da bilinen Ümmü Varaka adlı bir kadın sahabe, sahip olduğu iki kölesini müdebber kılmış; köleler de özgürlüklerine erkenden kavuşmak amacıyla Ümmü Varaka'yı boğarak öldürmüşlerdir. Yapılan yargılama sonucu köleler ölüme mahkûm edilmiştir. **Dayhan, Ahmet Tahir** (2012) "Ümmü Varaka", TDV İslam Ansiklopedisi, C:42, İstanbul, s. 332-333.

¹¹² **Akgündüz** (2018), s. 248. Diğer taraftan, Hz. Ayşe'den rivayet edilen bir olaya göre kendisinin müdebber kıldığı bir kadın köle sonradan Hz. Ayşe'ye büyü yapmış, bunu da bir an önce özgür olabilmek amacıyla yaptığını itiraf etmiştir. Bu olay üzerine Hz. Ayşe kölesini

köleleri kitabet akdi yapmaya mecbur bırakabilecekleri kabul edilmiştir¹¹³. Kölenin efendisini öldürmeyi başarması durumunda ise her ne kadar köle özgür olacaksa da, bu defa mirasçıların köleyi çalışmaya ve değerini kazanıp kendilerine ödemeye zorlayabilecekleri kabul edilmiştir¹¹⁴.

SONUÇ

Tedbir, köleliğin sona erme yöntemi olarak Osmanlı Devleti'nde oldukça sık başvurulan bir kurum olmuştur. Kurulabilmesi için efendi tarafından tek taraflı bir irade beyanının yeterli olması ve hükümlerini efendinin ölümünden sonra doğurduğundan efendinin sağlığında onu maddi açıdan etkilememesi, bu yola sıkça başvurulmasının nedenlerindedir.

Tedbirin kurulması aşamasında hukukçular arasındaki en derin tartışma, tedbirin bölünebilir bölünememesi noktasında kendini göstermiştir. Hâkim görüş, tedbirin bölünemeyeceği yönündedir. Böylece bir köle üzerinde birden fazla efendinin mülkiyet hakkı bulunduğu durumlarda bunlardan birinin tedbir yoluna başvurusuyla kölenin sadece o efendinin payı oranında değil, değerinin tamamı oranında özgürlüğüne kavuşacağı uygun bulunmaktadır. Tedbirde bulunmayan efendilerin maddi açıdan zarara uğramamaları için de eğer imkân varsa tedbirde bulunan tarafın, yoksa da bizzat kölenin bu bedeli kendilerine ödemesi gerektiği kabul edilmiştir.

Kendisine tedbir yapılmış olan köle, efendisinin ölümüne kadar geçen sürede diğer kölelerden herhangi farklı bir muameleye tabi tutulmamaktadır. Ancak kölenin mülkiyetinin efendinin elinden çıkmasına sebep olacak hukuki işlemler, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Kölenin özgürlüğüne kavuşmasını efendinin ölümü dışında hiçbir ek şarta bağlı kılmayan mutlak tedbir hallerinde efendilerin kölelerini satamayacakları hakim görüşü oluşturmaktadır. Mutlak tedbir dışında kalan ve efendinin ölümünün yanında

üçüncü bir kişiye satmıştır. Hanefi fıkhınca mutlak müdebber kölelerin satımı mümkün olmadığından, bu olayda adı geçen kölenin mukayyed müdebber bir köle olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Serahsi**, s. 283-284.

¹¹³ “Zeyd’in müdebber kulu Amr azad olmak için Zeyd’i katle kasd eylese Zeyd bey’e kadir olur mu? El-Cevab: Olmaz, kitabete kesmeye kadirdir.” **Akgündüz** (2018), s. 248.

¹¹⁴ **Ceylan**, s. 210.

başka şartların da arandığı mukayyed, muallak ve muzaf tedbir hallerinde ise efendilerin müdebber kölelerini istedikleri zaman satabilecekleri kabul edilmektedir.

Efendinin ölümü üzerine kölelerin terekenin üçte birlik kısmı dahilinde özgür olacakları genel kabul edilen görüştür. Bu durumda kölenin değeri, efendinin terekesinin üçte birinden fazla ise ya da efendinin terekesi doğrudan borca batık durumda ise kölenin yine özgür hale geleceği; ancak terekeyi aşan kısım için çalışması ve bu bedeli mirasçılara ödemesi gerekliliği hakim görüşüdür.

Osmanlı Devleti'nde tedbir kurumu hakkında çok sayıda fetvanın ve mahkeme kararının bulunması, bu kurumun toplum içindeki yerini ve önemini gözler önüne sermektedir. Osmanlı'da tedbirle ilgili hukuki uyuşmazlıkların esas olarak, tedbirin gerçekten kurulmuş olup olmadığı noktasında ve çoğunlukla müdebberlerin iddiaları üzerine ortaya çıktığı görülmektedir. Bu gibi uyuşmazlıkları önlemek adına, her ne kadar böylesi bir zorunluluk bulunmasa da, efendiler tedbir işlemini doğrudan mahkeme huzurunda gerçekleştirmeye çalışmışlardır. Bunun yapılmadığı durumlarda ise efendinin ölümünün ardından mirasçılar ile müdebber köleler karşı karşıya gelmiştir. Böylesi davalarda genellikle müdebberlerin iki şahit getirerek iddialarını ispat etikleri ve özgürlüklerine kavuştukları görülmüştür.

Tedbir işlemiyle ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklarda her ne kadar farklı çözüm önerileri getirilmiş olsa da, temelde her zaman köle lehine yorum yapılmaya çalışıldığı görülmektedir. Kölelerin özgürlüğe kavuşturulmasını teşvik eden İslam hukuku, tedbir işleminin gerçekleştirilmesiyle efendileri tarafından özgürlüğe kavuşturulma yolunda önemli adım atılan kölelerin çeşitli sebeplerle bu imkanlarının ellerinden alınmasını önlemek istemiştir. Öyle ki, kendilerine tedbir yapan efendilerini öldürme yolunu seçen kölelerin dahi, haklarındaki tedbir hükümlerinin devam ettiği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdullah Efendi, Yenişehirli** (2011) Behcetü'l-Fetava, Kaya, Süleyman/Algın, Betül/Trabzonlu, Zeynep/Erkan, Asuman (Hazırlayanlar), İstanbul, Klasik Yayınları.
- Akgündüz, Ahmed** (1997) İslam Hukukunda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlı'da Harem, 4.Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgündüz, Ahmed** (2018) Şeyhü'l-İslam Ebüssu'ud Efendi Fetvaları, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Akyılmaz, Gül** (2004) "Osmanlı Hukukunda Köleliğin Sona Ermesi İle İlgili Düzenlemeler ve Tanzimat Fermanı'nın İlanından Sonra Kölelik Müessesesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:9, S:1-2, s.213-238.
- Arı, Abdüsselam** (2012) "Vasiyet", TDV İslam Ansiklopedisi, C:42, İstanbul, s.552-555.
- Atar, Fahrettin** (2006) "Mükatebe", TDV İslam Ansiklopedisi, C:31, İstanbul, s.531-533.
- Atar, Fahreddin** (2011) "Tedbir", TDV İslam Ansiklopedisi, C:40, İstanbul, s.258-259.
- Aydın, M. Akif** (2012) Türk Hukuk Tarihi, 9.Baskı, İstanbul, Beta.
- Aydın, M. Akif/Hamidullah Muhammed** (2002) "Köle", TDV İslam Ansiklopedisi, C:26, İstanbul, s.237-246.
- Bilmen, Ömer Nasuhi** (1985) Hukukî İslamiye ve İstılahatı Fıkhîyye Kamusu, C:4, İstanbul, Bilmen Yayınevi.
- Bozkurt, Gülnihal** (1981) "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:38, S:1, s.65-103.
- Ceylan, Metin** (2018) İslam Hukukunda Kölelik, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Cin, Halil/Akgündüz Ahmed** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.

- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 5.Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Çağatay, Neşet** (1957) İslam'dan Önce Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı, Ankara, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları.
- Dayhan, Ahmet Tahir** (2012) “Ümmü Varaka”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:42, İstanbul, s.332-333.
- Devellioğlu, Ferit** (2015) Osmanlıca—Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, Aydın Kitabevi.
- Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as Es-Sicistani** (2017) Sünen-i Ebu Davud, C:14, İstanbul, Şamil Yayınları, (Çeviren: Yeniçel, Necati/Kayapınar, Hüseyin).
- Ebussuud Efendi** (2013) Maruzat, (Hazırlayan: Düzenli, Pehlül), İstanbul, Klasik Yayınları.
- Ekin, Ümit** (2017) “Seyahatnamelerin Işığında Osmanlı Toplumunda Köleler”: Yağcı, Zübeyde Güneş/Yaşa, Fırat (Editörler), Osmanlı Devleti'nde Kölelik, İstanbul, Tezkire Yayıncılık.
- Ekinci, Ekrem Buğra** (2014) Osmanlı Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Arı Sanat Yayınları.
- Engin, Nihat** (1992) “Osmanlı Devletinde Kölelik” (Doktora), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Engin, Nihat** (2002) “Osmanlılar'da Kölelik”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:26, İstanbul, s.246-248.
- Erkal, Mehmet** (1996) “Ganimet”, TDV İslam Ansiklopedisi, C.13, İstanbul, s.351-354.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin** (1996) İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik, İstanbul, Beyan.
- Feyzullah Efendi** (2009) Fetava-yı Feyziye, Kaya, Süleyman (Hazırlayan), İstanbul, Klasik Yayınları.
- İbn Kudame** (2015) el-Muğni Muhtasarı, C:4, İstanbul, Karınca Polen Yayınları, (Çeviren: Tunçer, A. Alpaslan).
- İbn Mace, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvini** (2012) Sünen-i İbn Mace, C:7, İstanbul, Kahraman Yayınları, (Çeviren: Hatipoğlu, Haydar).

- Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri, Ahi Çelebi Mahkemesi 1 numaralı sicil, İstanbul, Kültür AŞ Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2011) İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 3 numaralı sicil, İstanbul, İSAM Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri, Bab Mahkemesi 397 numaralı sicil, İstanbul, Kültür AŞ Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2019) İstanbul Kadı Sicilleri, İstanbul Mahkemesi 191 numaralı sicil, C:4, İstanbul, Kültür AŞ Yayınları.
- Yılmaz, Coşkun** (Editör) (2010) İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51 numaralı sicil, C:8, İstanbul, İSAM Yayınları.
- Karataş, Abdullah Vefa** (2020) “Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y:5, S:1, s.153-188.
- Karataş, Ali İhsan** (2007) “Bursa Şer’iyye Sicilleri Işığında Osmanlı Devleti’nde Köleliğe Bir Bakış”, İSTEM, C: 5, S: 9, s.135-162.
- Merginani, Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir** (2018) El-Hidaye Tercemesi, C:2, İstanbul, Kahraman Yayınları, (Çeviren: Meylani, Ahmed).
- Ahmed Efendi, es-Seyyid/Ahmed el-Gedusi, es-Seyyid Hafız Mehmed** (Derleyen) (2014) Neticetü’l Fetava, İstanbul, Klasik Yayınları.
- Özcan, Abdülkadir** (2007) “Pencik”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:34, İstanbul, s.226-228.
- Özel, Ahmet** (1996) İslam Devletler Hukukunda Savaş Esirleri, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- Özel, Ahmed** (1984) İslam Hukukunda Ülke Kavramı, İstanbul, Marifet Yayınları.
- Öztürk, Yücel** (2017) “Osmanlı İmparatorluğu’nda Köle Emeginin Rolü ve Hacmi”: Yağcı, Zübeyde Güneş/Yaşa, Fırat (Editörler), Osmanlı Devleti’nde Kölelik, İstanbul, Tezkire Yayıncılık, s.31-56.
- Parlatır, İsmail** (1983) “Türk Sosyal Hayatında Kölelik”, Belleten, C: 47, S: 187, s.805-829.

- Serahsi, Şemsü'l-eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed** (2008) Mebsut, Akşit, Mustafa Cevat (Editör), İstanbul, Gümüşev Yayınları.
- Siska, Katalin** (2016) "Slavery in the Ottoman Empire", Journal on European History of Law, C: 7, S: 2, s. 71-79.
- Tahiroğlu, Bülent** (1981) "Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 45, S: 1-4, s. 649-676.
- Türkçe Sözlük (1983), Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları.
- Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2016) Türk Hukuk Tarihi, 18.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Yaman, Ahmet** (2013) "Zihar", TDV İslam Ansiklopedisi, C: 44, İstanbul, s.387-390.
- Yaran, Rahmi** (2002) "Kefaret (Fıkıh)", TDV İslam Ansiklopedisi, C: 25, Ankara, s.179-182.
- Yiğit, Ahmet** (2015) "XVI. Yüzyıl Edirne'sinde Köle ve Cariyeler", Asia Minor Studies, C: 3, S: 5, s. 147-170.
- Zilfi, Madeline C.** (2018) Osmanlı İmparatorluğu'nda Kölelik ve Kadınlar, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

BEDELSİZ SENEDİ KULLANMA SUÇU ÖZELİNDE HUKUK MAHKEMESİ KARARLARININ CEZA MAHKEMESİ KARARLARINA ETKİSİ*

Arş. Gör. Burak TAŞ** ***

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 156. maddesinde “*bedelsiz kalmış bir senedi kullanan kimseye, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir*” şeklinde düzenlenen bedelsiz senedi kullanma suçu bağlamında ceza mahkemeleri ile hukuk mahkemeleri arasında sıkı bir irtibat bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında bedelsiz senedi kullanma suçu özelinde hukuk mahkemesi kararlarının ceza mahkemesi üzerindeki etkisi incelenmiştir. Öncelikle bekletici sorun ve nisbi muhakeme hakkında genel olarak bilgi verilmiş ardından ceza mahkemesi tarafından bekletici sorun sayılan hukuk mahkemesi kararının bağlayıcılığı hususu irdelenmiştir. Zorunlu olmadığı halde ihtiyaren bekletici sorun sayılan hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesini kural olarak bağlaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ardından iki mahkemede görülen benzer içerikli davaların derdest olup olmaması noktasında çeşitli ihtimaller değerlendirilmiştir. Derdest olan yargılamalarda senet yargılamalarında uzman olan hukuk mahkemesi kararının beklenmesi gerektiği, bedelsiz senedi kullanma suçunun ispatının senetle ispat kuralına tabi olmasına yönelik ilgili Yargıtay kararları ile temellendirilmiştir. Bir hukuk davasının derdest olmaması ihtimalinde ise ceza mahkemesinin hukuk yargısında geçerli senetle ispat kuralı uyarınca nisbi muhakeme yoluna başvurması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu, Senet, Bedelsizlik Olgusu, Bekletici Sorun, Nisbi Muhakeme.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.902094 - Geliş Tarihi: 23.03.2021 - Kabul Tarihi: 22.06.2021.

** Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, burak.tas@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6481-1580.

*** Bu makale, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, “Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu” başlıklı yayımlanmamış yüksek lisans tez çalışmamızdan türetilmiştir.

THE EFFECT OF CIVIL COURT DECISIONS ON CRIMINAL COURT DECISIONS ON THE OFFENCE OF USING A BOND WITHOUT VALUE

ABSTRACT

There is a close relationship between criminal courts and civil courts in the context of the offence of using a bond without value regulated as “*any person who uses a bond without value shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of six months to two years and a judicial fine, upon complaint*” in Article 156 of the Turkish Penal Code No. 5237. Within the scope of this study, the effect of the judgments of the civil court on the criminal court, specific to the offence of using a bond without value, was examined. First of all, information was generally given about the prejudicial question and the proportional judgment, and then the bindingness of the decision of the civil court which was deemed to be prejudicial question by the criminal court, was examined. It has been concluded that the decision of the civil court, which is an optional prejudicial question, although it is not mandatory, should bind the criminal court as a rule. Then, various possibilities were evaluated in terms of whether the cases with similar content in the two courts were pending or not. The fact that the decision of the civil court which is an expert in bond trials should be waited in pending cases, is based on the relevant Supreme Court decisions that the proof of the offence of using a bond without value is subject to the proving by deed. It has been concluded that when a civil case is not pending, the criminal court must apply for proportional judgement in accordance with the rule of proving by deed valid in the civil court.

Keywords: The Offence of Using a Bond Without Value, Bond, Phenomenon of Dud, Prejudicial Question, Proportional Judgment.

GİRİŞ

Bedelsiz senedin kullanılması suçunda gerek senet gerekse bedelsizlik kavramı karşısında ortaya çıkan uyumsuzluğun bir yönünün hukuk muhakemesini, diğer bir yönünün ise ceza muhakemesini ilgilendirmesi sebebiyle bu iki muhakeme sistemi arasında bir etkileşim söz konusudur¹. Kural olarak hukuk mahkemesi kararları ceza mahkemesini bağlamamaktadır². Ancak istisnai durumlarda bağlayıcılık gündeme gelebilmektedir. Nitekim ceza mahkemesi ve hukuk mahkemesinde görülen davaların *dava sebepleri, tarafları ve dava konuları* kural olarak farklıdır³. Dava sebebi açısından değerlendirme yapmak gerekirse ceza muhakemesinde, ceza kanunlarında yazılı suç teşkil eden bir fiilin işlendiği iddiasıyla soruşturma yapılır; ardından elde edilen delillere göre bu fiille ilgili kovuşturma yapılır. Gerçekleştirilen yargılama sonucunda sanığın fiili gerçekleştirip gerçekleştirmediği, sanık tarafından gerçekleştirilmiş fiil mevcutsa bunun cezaya müstahak olup olmadığına karar verilir⁴. Hukuk davasında ise davacı özel hukuktan kaynaklanan bir ilişkiden dolayı *hukukî himaye* talep eder. Dava sebebiyse taraflar arasındaki bu özel hukuk ilişkisine dayanak oluşturan maddî vakialardan ibarettir. Ancak *ceza mahkemesinin ve hukuk mahkemesinin dayandığı maddî vakıaların aynı olması* ihtimal dahilindedir⁵. Nitekim bedelsiz senedi kullanma suçu yargılamasının maddî vakıası, senedin bedelsizliğinin tespiti ile bu senedin fail tarafından kullanıp kullanılmadığıdır⁶. Hukuk yargılamasında ise alacak davaları, menfi tespit ve senet iptal davalarında senedin sahteliği özelinde senedin bedelsiz kalıp kalmadığı hususu maddî vakıayı oluşturmaktadır. Davanın tarafları

¹ **Sarsıkoğlu, Şenel** (2014) *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 169.

² **Akcan, Recep** (1988) “Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, s. 86.

³ **Akcan**, s. 63; **Belgin Güneş, Derya** (2019) “Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:77, S:1, s. 193.

⁴ **Taner, Tahir** (1955) *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 7.

⁵ **Belgin Güneş**, s. 193.

⁶ **Artuç, Mustafa** (2020) *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 584.

açısından bir değerlendirme yapacak olursak ceza davasıyla hukuk davasının taraflarının kural olarak aynı olmadığı görülür⁷. Ceza davasında davacı tarafın her daim devlet olduğu ve kamusal iddia makamını devletin adına Cumhuriyet savcısının temsil ettiği görülür. Hukuk davasındaysa davacı taraf, özel hukuk kaynaklı bir uyuşmazlık sebebiyle hukukî himaye talep eden kişidir. Davalı tarafınsa kendisinden *hukukî himaye* talep edilmekte olan kişi olduğu görülür. Ancak istisnai durumlarda (HMK m. 70), Cumhuriyet savcısı taraf olarak hukuk davasına katılmaktadır⁸. İki muhakemede taraflar farklı olmakla birlikte maddi vakia perspektifinden bakıldığında, aslında bu farkın görünüş itibariyle olduğu fark edilecektir. Ceza yargılamasının sükeleri olan sanık ile katılan, maddi vakia bazında davanın tarafları olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim katılan tek başına bireysel iddia makamını temsil etmektedir. Bu açıdan bakıldığında örneğin bedelsiz senedi kullanma suçu yargılamasının tarafları ile sahtecilik, menfi tespit ve senet iptal davalarının tarafları örtüşmektedir.

Ceza mahkemesi ile hukuk mahkemesinde dava konularının da ayrışması söz konusudur⁹. Nitekim ceza davasının konusu, işlediği iddia edilen fiilin suç teşkil etmesi nedeniyle fail hakkında ceza hükmünün kurulmasıyla hukuk davasında dava konusu, davacının davanın esasını oluşturan talepleridir. Ancak yine bazı özel durumlarda ceza mahkemesi ile hukuk mahkemesi arasında dava konusu bağlamında ortaklık bulunabilmektedir. Bedelsiz senedi kullanma suçu yargılamasında davanın konusu senedin bedelsizliğinin tespiti ile birlikte failin cezalandırılması iken senet borçlusu olunmadığına dair menfi tespit davasına ilişkin hukuk yargılamasında da davanın konusu senedin hükümsüzlüğü, bir anlamda da bedelsizliğinin tespit edilmesidir. Sonuç olarak tüm bu anlatılanlardan hareketle hukuk yargısı ile ceza yargısının birbirinden tam anlamıyla ayrışan iki farklı muhakeme düzeni olmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu kapsamda bu iki mahkeme arası etkileşim hususunun bedelsiz senedi kullanma suçu özelinde bir çerçeveye oturtulması önem arz etmektedir.

⁷ Akcan, s. 65-66; Belgin Güneş, s. 193.

⁸ Belgin Güneş, s. 193.

⁹ Kapanıcı, K. Berk (2016) "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, s. 511-512.

Mevzuatımızda, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi kararlarına etkisi ile ilgili hukuki düzenlemeler¹⁰ mevcutken; hukuk mahkemesi kararlarının ceza mahkemesi kararlarına etkisi ile ilgili hukuki düzenlemeler sistemli olarak düzenlenmiş değildir¹¹. Bu konuda Yargıtay kararlarıyla¹² doktrindeki görüşler yol gösterici niteliktedir. Bu hususta HMK m. 214 ve CMK m. 218 sayesinde bedelsiz senedi kullanma suçu özelinde hukuk mahkemesi kararlarıyla ceza mahkemesi kararları arası etkiyi tek yönlü olarak inceleyip sistemleştirme gayesi ile sonuca varma amacındayız. Nitekim ceza mahkemesinin maddi vakialara ilişkin tespitleri hukuk hâkimini bağlayıcı nitelikte olduğundan¹³ bedelsiz senedi kullanma suçu özelinde incelememizi

¹⁰ Bkz. TBK m.74, HMK m.214, CMK m.218, TCK m.73/7, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 71 (07.11.2012 tarih, 28460 sayılı Resmî Gazete). **Soyubelli, Fethullah** (2013) Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara, Hâkim Yayınları, s. 98.

¹¹ **Selçuk, R. Nurettin** (1975) “Ceza Kararlarının Hukuk Hâkimine Etkisi,” Ankara Barosu Dergisi, C:5, S:1, s. 718; **Koçak, Hakan** (2009) “Ceza Yargılamasının Hukuk Mahkemelerini Bağlayıcılığı Sorunu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, s. 72.

¹² Örneğin Yargıtay bir kararında senedin bedelsiz kaldığına dair kesinleşmiş bir hukuk davası sonucunda verilen kararın bağlayıcı olduğuna hükmetmiştir. Bkz. “*Dosya kapsamına göre, benzer bir olayla ilgili olarak Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 13/12/2018 tarihli ve ... karar sayılı ilâmında da belirtildiği üzere, müşteki vekilinin, şüpheliler tarafından icra takibine konu edilen ve bedelsiz kaldığı belirtilen 1.200.000 Euro bedelli senede ilişkin olarak hukuk mahkemelerinde açılan davalar sonucunda verilen mahkeme kararlarının Yargıtay ilâmları ile onanarak kesinleşmesi neticesinde, şüphelilerin müstekilerden suça konu senetle ilgili alacaklarının bulunmadığı, söz konusu senedin bedelsiz kaldığının sabit olduğu ve bu suretle yeni deliller bulunduğu iddiası ile kamu davası açılmasına yönelik talebine ilişkin olarak, bahse konu hususların yeni delil niteliğinde olup olmadığı ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararım kaldırılarak dosyanın yeniden ele alınması gerekir gerekmediği konularında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir.*” Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E:2019/15537, K:2020/3970, T:01.06.2020.

¹³ **Belgin Güneş**, s. 191; “*Bölge Adliye Mahkemesince; tüm dosya kapsamına göre, davalı ile dava dışı ... hakkında davaya konu bono nedeniyle bedelsiz senedi kullanma suçundan açılan davada Bursa 3. Asliye Ceza Mahkemesince 2017/280 esas ve 2017/504 karar sayılı ve 20.06.2017 tarihli karar ile mahkumiyet hükmü verildiği ve hükmün kesinleştiği, maddi vakialara ilişkin ceza mahkemesi kararının hukuk hâkimini bağlayıcı nitelikte olduğu, böylece davacının boş ve imzalı olarak verdiği bononun anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğunun ispatlandığı davacının borcun sebebi nedeniyle farklı beyanlarda bulunmasının senedin boş olarak verildiği ve bedelsiz kaldığı sonucunu değiştirmeyeceği gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf nedenlerinin esastan reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.*”. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E:2020/2439, K:2020/4105, T:14.10.2020.

hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararına etkisine hasretmemiz kaçınılmazdır¹⁴.

I. BEKLETİCİ SORUN BAKIMINDAN HUKUK MAHKEMESİ KARARLARININ CEZA MAHKEMESİ KARARLARINA ETKİSİ

Öğretide, hukuk mahkemesi kararlarının ceza mahkemesini bağlayıp bağlamayacağına ilişkin görüş farklılıkları, iki muhakeme sisteminde ispat kuralları arasındaki farka dayanmaktadır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1988/1E., 1989/2K., 24.03.1989T. sayılı kararı¹⁵ gereği bedelsiz senedi kullanma suçu yargılamasında senetle ispat kuralı geçerli olduğu için çalışmamızı hukuk mahkemesi kararlarının ceza mahkemesi kararlarına etkisi ile sınırladık. Bu kapsamda ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine etkisine ilişkin doktrindeki görüşlere yer vermedik¹⁶. Konumuz bağlamında iki muhakeme sistemi arasındaki etkileşimin esas boyutunu bekletici sorun ve nisbi muhakeme kurumları ile çerçeveledik.

¹⁴ “Bir mahkeme tarafından verilen karar bağlayıcı niteliktedir. Çünkü aynı konu hakkında artık tekrar dava açılmayacağı ve tartışılmayacağı kabul edilen bir mahkeme kararının, aynı vakıalar bakımından başka bir mahkemede dikkate alınmaması kabul edilemez. Aksi durum, hukuka ve yargıya olan güveni sarsacağı gibi, bir hukuk düzeninde aynı vakıalara ilişkin çelişkili kararlar verilmesi tehlikesini de ortaya çıkarır. Bu nedenle mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi ile hukuk düzenin birliği sağlanmış olur. Dolayısıyla ceza mahkemesinden verilen nihai kararlar da, hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı niteliktedir. Bu bağlayıcılık hukuk düzeninin birliğine hizmet ettiği gibi, ayrıca bir kimsenin ceza davasında mahkûm olurken hukuk mahkemesinde sorumlu olmadığı kabulüne engel olarak gerek suçun mağduru olan kişi gerek toplum bakımından vicdanların zedelenmesini de önler.” **Belgin Güneş**, s. 189-190.

¹⁵ “...cebinde gerçeğe ve hukuka uygun olarak düzenlenmiş senet bulunan alacaklının senede konu alacağını tahsil edememe tehlikesinden de öteye TCK.nun 509. maddesinde gösterilen sonucu bakımından çok ağır olan bir cezanın tehdidi altında bulundurulması, hatta H.U.M.K. ile İ.İ.K., Ticaret Kanunu hükümlerine güvenerek alacağını sağlam gördüğü için, şahit temini yolunu hiç aklına getirmedüğünden, kolayca mahkum edilebilme yolu açılacaktır. Böyle bir yolun açılması, toplumda güveni sarsar, ekonomik bayatı alt-üst edecek sonuçları doğuracaktır. Bu nedenlerle içtihat aykırılığının imzalı boş senedin, sanıkla mağdur arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasıyla açılan kamu davasında sanığın bu eyleminin H.U.M.K.nun cevaz verdiği istisnalar dışında tanıkla ispat edilemeyeceği doğrultusunda giderilmesi uygun bulunmuştur.”

¹⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Soyubelli**, s. 98-101; Vergi Usul Kanunu m. 367/5 hükmüne göre “Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve

A. BEKLETİCİ SORUN HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Ticari hayatın vazgeçilmez bir parçasını oluşturan senetler, temelindeki hukuki ilişkinin geçersizliği sebebiyle uygulamada "bedelsizlik" iddiasıyla menfi tespit davalarının büyük bir kısmını ilgilendirmektedir. Uygulamada menfi tespit davası, genellikle senetlerinin şekil eksikliği, irade sakatlıkları, temsil yetkisi bulunmayışı, sahtelik ve benzeri sebeplerle hükümsüzlüğüne dayalıdır. Senetteki temel alacağın geçersizliği durumlarında da adi ve ticari senetlerdeki bedelsizlik iddialarının ispatı, özel hukuka ilişkin olması sebebiyle hukuk mahkemelerinin uzmanlık alanına giren bir sorundur. Bu nedenle bedelsiz senedi kullanma suçu yargılamasında ceza mahkemesi, uzmanlık alanının dışında bir sorunla karşılaşmaktadır. Bir ceza davasında, dava konusu

mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.” Bu düzenleme *Akkaya*'ya göre vergi ve ceza mahkemeleri arasındaki ilişkiyi değil, vergi cezası uygulayacak makam ve merciler ile ceza mahkemesi kararları arasındaki ilişkiyi düzenler. Bu etkileşim hususunda *Akkaya*'nın önerisi şu şekildedir: “Yargılanacak uyumsuzluklar arasında bağlantının varlığı saptandığında, usul hukuku çerçevesinde muhakemelerin birleştirilmesi, nispi muhakeme yapma, bekletici sorun sayma seçenekleri söz konusu olur. İnceleme konusu bakımından “muhakemelerin birleştirilmesi” seçeneği, vergi ve ceza mahkemelerinin farklı yargı kollarında yer almaları nedeniyle mümkün değildir. Nispi muhakeme yapılması, uyumsuzluk önüne gelen mahkemenin kendi uzmanlık alanı dışında kalan bir ön sorunu sadece asıl uyumsuzluğu çözmeye yetecek kadar çözmesi anlamına gelmektedir. Ceza mahkemesinin hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren bir vergi suçuna ilişkin bir davada bu yola gitmesini engelleyen bir düzenleme hukuk sistemimizde mevcut değildir. Örneğin ceza mahkemesi “vergi ziyatı” bulunup bulunmadığı noktasında nispi muhakeme yaparak, kendisi bakımından bu noktadaki uyumsuzluğu çözdükten sonra yargılamaya devamla, asıl uyumsuzluk hakkında karar verebilir. Ancak ceza mahkemesinin bu yolu izlemesi, daha sonra aynı konuda vergi mahkemesinin farklı karar vermesinin beraberinde getireceği sakıncaları göze almasını gerektirir. Ceza mahkemelerinin izleyebileceği en isabetli yol kanımızca “bekletici sorun sayma”dır. Ceza mahkemesi yargılamada sırasında aynı fiil nedeniyle vergi idaresince tesis edilen mali nitelikli cezaya karşı vergi yargısına başvurduğuna öğrenirse, yargılamaya konu somut uyumsuzluğun özelliklerini de dikkate alarak vergi mahkemesinin kararını bekleyebilir. İnceleme konusu yapılan sorun bakımından, vergi mahkemesi kararının beklenip beklenmemesi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre tamamen ceza mahkemesinin ihtiyarındadır. Her ne kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 255 inci maddesinde “adi hukuka müteallik bir sorun”den söz ediliyor ise de “adi hukuk” deyiminin, ceza hukuku dışındaki tüm alanlarını kapsadığı kabul edilmektedir.” **Akkaya, Mustafa** (2000) “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:49, S:1, s. 93. Vergi ve idare mahkemeleriyle ceza mahkemeleri arasındaki etkileşim, bedelsiz senedi kullanma suçu bakımından çalışmamızın kapsamı dışındadır. Ancak ileride temellendireceğimiz üzere hukuk mahkemesi kararının bekletici sorun yapılması ile ilgili olarak *Akkaya*'nın görüşlerine yer vermek istedik. İlaveten konumuz dışında da olsa vergi ve ceza mahkemeleri arası etkileşim için ayrıntılı bilgi için kaynak yönlendirmesi yapmayı da uygun gördük. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akkaya**, s. 85-96; **Akkaş, A. Hulusi** (2016) Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 244.

sorunun çözümü, bazı hallerde ceza mahkemesinin yetki alanı dışında kalan bir sorunun çözümüne bağlı olabilmektedir¹⁷. Bekletici sorun (*bekletici mesele/mesele-i müstehire/ön sorun*) olarak adlandırılan bu sorunlar¹⁸ *bağlantının* bir neticesidir¹⁹.

Bekletici sorun kararı kanunun saydığı sınırlı durumlarda zorunlu; diğer hallerdeyse ihtiyaridir²⁰. Bekletici sorun saymanın zorunlu olduğu sınırlı durumlar dışında, her somut olayda bekletici bir sorunun bulunup bulunmadığına davaya bakmakta olan mahkeme karar verecektir²¹. Ceza mahkemesi kendi uzmanlığı dışında bir sorunla karşılaştığı durumda, sonuca varabilmek için söz konusu sorun hakkında karar vermeye yetkili ve görevli olan mahkemenin kararını bekleyebilecektir²².

Görülmekte olan bir ceza davasının sonuçlandırılabilmesi için mahkeme, ceza davasının görev ve yetkisine dahil olmayan bir sorunun çözüme kavuşturulmasına ihtiyaç duyulabilir. Bu hususta CMK m. 218/1 hükmü yol göstericidir. Şöyle ki: “*Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar*

¹⁷ **Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer** (2008) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Cilt 1, Ankara, Yazarın Kendi Yayını, s. 1215.

¹⁸ Hukukta “sorun” kavramı, maddi olaya ilişkin sorun olarak “maddi sorun”; uygulanacak hukuk normuna ilişkin olarak “hukuki sorun” şeklinde karşımıza çıkmaktadır (**Demirağ, Fahrettin** (2018) Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 108-109). CMK m. 218 hükmü incelendiğinde “yüklenen suçun ispatı” nitelemesiyle bu sorunların “maddi sorun” a yönelik olduğu görülmektedir. Nitekim bir suçun varlığı bakımından suç teşkil eden fiilin işlenip işlenmediği hususunun ispatı, olayın sübuta varıp varmadığı sorununa ilişkindir (**Demirağ**, s. 108-109).

¹⁹ **Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 299; **Yenisey Feridun/Nuhoğlu, Ayşe** (2014) Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 84.

²⁰ **Erem, Faruk** (1973) Ceza Usulü Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 307; **Soyubelli**, s. 112; **Ünver/Hakeri**, s. 299.

²¹ **Toroslu, Nevzat/ Feyzioğlu, Metin** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 106.

²² **Özbek, V. Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2018) Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 126.

verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir.”²³. İlgili düzenlemeye göre mahkeme bu durumda ya ön sorun hakkında kendisi bizzat karar verecek ya da nisbi muhakeme yolunu benimsemiyorsa bekletici sorun sayma yoluna gidecektir²⁴. Bu husus bilhassa TCK m. 204’te düzenlenen resmi belgede sahtecilik, TCK m. 207’de düzenlenen özel belgede sahtecilik, TCK m. 209’da düzenlenen açığa atılan imzanın kötüye kullanılması ve TCK m. 156’da düzenlenen bedelsiz senedi kullanma suçlarında kendisini göstermektedir. Örneğin “açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçu” senedin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı doldurulduğunun ve “bedelsiz senedi kullanma suçu” da senedin bedelsiz oluşunun ispatlanmasını gerektirmektedir. Bu hususlar ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 1988/1E., 1989/2K., 24.03.1989T. sayılı kararına göre hukuk muhakemesinde geçerli senetle ispat kuralına dayalı olarak ispatlanabilecektir²⁵. Söz konusu karar gereği 765 sayılı TCK m. 509 bakımından HMK m. 201’de düzenleme alanı bulan yazılı belgeye karşı yazılı belge ile ispat kuralı dahilinde ispat faaliyetine girişilebilir. Nitekim kararın ardından devam eden içtihatlarda *tanıkla ispat kuralının uygulanamayacağı* kabul edilmiştir²⁶. Nitekim senetle

²³ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (StPO) 262. paragrafında, CMK m. 218 ile benzeşen bir düzenleme söz konusudur: “StPO 262: 1) Bir fiilin cezalandırılabilirliği özel hukuka ait bir ilişki hakkında verilecek karara bağlı ise, ceza hâkimi bu sorun hakkında da, ceza yargılamasında ispata ve usule ilişkin hükümler çerçevesinde, karar verir. 2) Mahkeme ayrıca, yargılamaya ara vermeye ve davaya katılanlardan birisine hukuk mahkemesinde dava açmak için süre vermeye veya hukuk mahkemesinin kararını beklemeye yetkilidir.”. Akkaş, s. 189-190.

²⁴ Akkaş, s. 189.

²⁵ “İmzalı ve yazısız bir kağıda sahibinin zararına olarak hukukça hükmü haiz bir muamele yazıldığı veya yazdırıldığı iddiasıyla Türk Ceza Kanununu 509. maddesine dayanılarak şikâyet üzerine açılan ceza davasında sanığa yüklenen bu eylemin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun cevaz verdiği ayrık durumlar dışında tanıkla isbat edilemez.”; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:2012/1086, K:2013/40, T:5.2.2013 sayılı kararında değişen ceza mevzuatı karşısında dahi söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararları halen geçerliliklerini koruduğuna hükmetmiştir.

²⁶ “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 24.03.1989 tarih ve 1998/1 Esas, 1989/2 Karar sayılı içtihadında da açıklandığı üzere, senedin bedelsiz kaldığının ya da anlaşmaya aykırı kullanıldığının yazılı delille ispatlanmasının zorunlu olmasına rağmen,

ilgili maddi vakialarda ispat konusu hukuk mahkemesinin uzmanlık alanına girdiği için Yargıtay'ın söz konusu uygulaması, amaca hizmet eder niteliktedir²⁷.

CMK m. 218 hükmü, bekletici sorun sayma ile nispi muhakeme yapma hususunda hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Maddenin ilk cümlesi hâkime bir serbestlik alanı tanımaktadır; fakat “ancak” ile başlayan cümlede bu serbestliğin sınırlandığı görülmektedir. Şöyle ki: “...*bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir.*”. Buradan anlaşılan yargı mercilerinde dava açılmamışsa ceza mahkemesi bekletici sorun sayma yoluna başvurabilir ya da davayı kendisi tamamlar. Eğer hukuk mahkemesinde senedin bedelsizliği yahut niteliği ile ilgili dava açılmışsa bu durumda ceza mahkemesinin bekletici

katılanın borcunu ödemediğine dair yazılı delil ibraz edememesi hususları gözetilerek, mahkeme tarafından sanıklar hakkında verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiş olup...”(Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E:2013/6938, K:2015/995, T:21.01.2015).; “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 24.03.1989 gün ve 1/2 sayılı kararında öngörüldüğü üzere, yüklenen açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun yazılı delille ispatı zorunlu olup, HMK'nın izin verdiği ayrık durumlar dışında tanıkla ispatının olanaklı olmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine mahkumiyetine dair karar verilmesi,...”(Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E:2017/1511, K:2017/3227, T:02.05.2017).; “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 24/03/1989 gün ve 1988/1-1989/2 sayılı ilamında açıklandığı üzere; senedin anlaşmaya aykırı kullanıldığının yazılı delille ispatının zorunlu olduğu göz önünde bulundurularak, sanığın üzerine atılı suçun “bedelsiz senedi kullanma” suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak sanığın hukuki durumunun tespit ve tayini gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi,...” (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E:2017/5322, K:2018/93, T:09.01.2018).; **Erdem, D. Özge** (2018) “Türk Ceza Hukukunda Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 209)”, Ceza Hukuku Dergisi, C:13, S:37, s. 191; **Esen, Sinan** (2007) Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 568.

²⁷ **Eroğlu, Orhan** (2018) “Sahtecilik İddiasına Dayalı Menfi Tespit ve İstirdat Davalarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, C:13, S:146, s. 22.

sorun sayma yoluna gitmesi gerekmektedir²⁸; nisbi muhakeme yoluna başvuramayacaktır²⁹.

Yargıtay'ın 1989 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği üzere ceza mahkemesi, henüz hukuk mahkemesinde bir dava açılmamışsa kendisi bizzat yargılamaya devam etme yolunu tercih etmeyip ilgili tarafa davasını hukuk mahkemesinde açması için süre verebilir (CMK m. 218/1). İlgililere süre verilerek hukuk mahkemesinden bir kararın çıkması beklenirse; bedelsiz senedi kullanma suçu özelinde örneğin senetten kaynaklanan bir borcun ödenip ödenmediği ile ilgili değerlendirmede bulunan hukuk mahkemesi, ceza muhakemesine hâkim serbest delil ilkesi hükümlerine göre değil, hukuk muhakemesinde geçerli senetle ispat kuralı uyarınca karar verecektir. Nihayetinde senet hakkında hukuk mahkemesince verilen kararın, ceza mahkemesi bakımından da bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda da bekletici sorun sayma yoluna gidilen ceza muhakemesinde, TCK m. 67/1³⁰ hükmü gereği dava zamanaşımı süresi duracaktır³¹. Fakat bu durum,

²⁸ Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Pamuk, Gülfem/ İçer, Zafer/ Çakar, Kerim/ Öztürk, Nurten/ Apiş, Özge/ Ünal, Ertuğrul/ Gültekin Diken, Nil Melek/ Yılmaz, Zahit/ Erdin, Selim/ Şenerdoğan Büşra (2018) Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 200.; Bayraktar, Köksal/Yıldız, Kemal/Aksoy Retornaz, Eylem/Akyürek, Güçlü/Sonay Evik, Vesie/Evik, Ali Hakan/Kangal, Zeynel T./Memiş Kartal, Pınar/Sınar, Hasan/Altunç, Sinan/Aytekin İnceoğlu, Asuman/Bostancı Bozbayındır, Gülşah/Erman, Barış (2018) Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 243; Artuç, Mustafa (2019) Pratik Türk Ceza Kanunu, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 909; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E:2006/4453, K:2006/9398, T:22.11.2006.; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E:2006/128, K:2006/8618, T:01.11.2006.; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem (2017) Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 487.

²⁹ Akkaş, s. 194-195. Aksi yönde bkz. Soyubelli, s. 112.

³⁰ TCK m.67/1: “Soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir sorunun sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya sorunun çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur.”

³¹ Ünver, Yener/Hakeri, Hakan (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Cilt, 15. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 283; Güngör, Devrim/Okuyucu Ergün, Güneş (2009) “Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:22, S:83, s. 69; Ancak bekletici sorun sayma kararının

her zaman için sanığın sahip olduğu ve adil yargılanma hakkıyla ilgili olan *makul sürede yargılama hakkının* ihlal edilebileceği anlamına gelmemektedir. TCK'da zamanaşımının kesilmesinde olduğu gibi zamanaşımının durması hususunda bir üst sınır belirlenmemiştir. Yani dava zamanaşımı bakımından durma süresi sınırsızdır³². Ancak bu durumda hâkimin sınırsız bir yetkiye sahip olduğu anlamına gelmemelidir. Bu açıdan ilgiliye süre verme işlemleri en kısa sürede tamamlanmalı ve hâkimi ikinci kez süre vermesini engelleyen bir düzenleme bulunmasa bile ilgiliye tek bir süre tanınarak ön sorun hususu açıklığa kavuşturulmalıdır³³. Keza suç şüphesi altında bulunan kişinin sanıklık durumu ne kadar kısa olursa, ceza tehdidi bakımından duyacağı endişe o kadar azalacak ve adil yargılanma hakkı da makul süre bakımından ihlal edilmemiş olacaktır. İlaveten Yargıtay kararlarında ve CMK m. 218'in gerekçesinde belirtildiği üzere bekletici sorun yapılabilmesi hususunda mahkemelerin yetkisi sınırsız değildir³⁴. Ceza mahkemesinin bir sorunu bekletici (ön) sorun yapması

zamanaşımını durdurabilmesi için ön sorunun, *kamu davasının açılmasına veya devamına engel sayılan sorunlardan* olması gerekir. **Taşdemir, Kubilay** (2011) Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara, Cantekin Matbaacılık, s. 216; “*Yerel Mahkemece, 3.3.1987 tarihli oturumda, kadastro mahkemesinin dava dosyasının sonucunun beklenilmesine karar verilmiş ise de, yapılan keşiflerde suça konu emvalin kesildiği yerin itirazlı 1193 nolu parsel dışında kaldığı, dolayısıyla dava konusu yer ile orman emvalinin kesildiği yerin aynı yerler olmadığı, mahkemece suça konu emvalin kesildiği yerin, orman olup olmadığı usulünce araştırılmak suretiyle sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, sanığın hukuki durumunu hiçbir şekilde etkilemeyecek olan Kadastro Mahkemesine açılan dava sonucunun beklenilmesinin, önsorun olarak kabul edilemeyeceği, zamanaşımını kesen en son işlem tarihi olan sanığın sorgusunun yapıldığı 8.7.1983 tarihinden itibaren TCY.nın 102/4. maddesinde belirtilen 5 yıllık zamanaşımı süresinin 8.7.1988 tarihinde dolduğu saptandığından, kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına ilişkin direnme kararı isabetlidir. Bu itibarla Yerel Mahkeme direnme kararını onanmasına karar verilmelidir.*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:2004/89, K:2004/110, T:04.05.2004; **Akkaş**, s. 195-196.

³² **Güngör/Okuyucu Ergün**, s. 71-72.

³³ **Akkaş**, s. 196.

³⁴ Madde 218/1 gerekçesi: “*Dava konusu uyuşmazlığın çözülmesi, diğer bir deyişle bir eylemin suç olup olmadığına veya niteliğinin saptanması, ceza hukukunun kapsamında girmeyen bir sorunun çözümüne bağlı ise ceza mahkemesinin önünde üç seçenek bulunmaktadır:*

1. *Ceza davasının bir an önce sonuca ulaşmasını sağlamak için bu sorun hakkında da ceza hukukundaki usul ve deliller için geçerli kurallara göre karar vermek.*

ancak çok zorunlu ve uzmanlığa dair bir husus söz konusu olduğunda gündeme gelebilir. Aksi halde bahsettiğimiz üzere davanın uzaması, makul sürede bitirilememesi, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi, davanın uzaması sebebiyle davadan uzaklaşılması sebebiyle *usul işlemlerinde tevsik (yoğunluk) ilkesine* aykırılık, delillerin takdirinde hataya düşülmesi gibi sorunlar ortaya çıkacaktır³⁵.

Kuşkusuz ceza mahkemesinin bu sorun hakkında verdiği karar, sadece dava konusu uyumsuzluk yönünden geçerli olmak üzere ve esas dava bakımından gerekli olduğu ölçüde verilmiş bir karar sayılacaktır.

2. *Çözülmesi uzmanlığı gerektiren bir sorunun söz konusu olduğunu saptadığında, mahkeme yargılamaya ara vererek sorunun konusuna göre hukuk davası veya idarî dava açılması için ilgililere süre verebilecektir.*

3. *Yetkili mahkemede bu hususta bir dava açılmışsa bu mahkemenin kararını da bekleyebilecektir.*

Özetlemek gerekirse, ceza mahkemesi dava konusu uyumsuzluğun çözümünde etkili bulunan ve ceza hukuku dışında kalan bir sorun hakkında gerekli hâllerde kendisi karar verecek, sorunun nitelik ve kapsamına göre bu sorunun çözümünü bekletici sorun kabul ederek ilgililere süre de verecektir...

Ancak yukarıda (2) numaralı paragrafta da açıklandığı üzere, mahkemenin ceza davasını beklemeye alması, ancak çok zorunlu ve uzmanlığa ilişkin bir husus söz konusu olduğunda karar verilebilecek bir hâl sayılmalıdır. Aksi takdirde davanın makul sürede bitirilmesi ilkesi ihlâl edilmiş olur.” Şahin, Cumhuriyet (2005) Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 695.

³⁵ Hâkim yargılamada belirli aşamaları geçerek nihai hükme varmaktadır. Bütün bu aşamaların “davanın devamlılığı” içerisinde kalması gerekmektedir. Davanın başlamasından hükme ulaşıncaya kadar geçen sürenin mümkün olan en kısa süreyi ihtiva etmesi adil yargılanma hakkının bir gereği olan makul sürede yargılanma hakkı bakımından son derece önemlidir. Bu bağlamda usul işlemlerinin “birbirinden uzak olmaması”, kural olarak hâkimin huzuru dışında bir yerde gerçekleştirilmemesi, hâkimin davanın tamamı hakkında vicdanî kanaate sahip olmasını sağlamaktadır. Böylece hâkimin dikkati de dağılmayacaktır. Buradan hareketle usul işlemlerinin zaman ve mekân bakımından bir araya toplanması kavramına ceza muhakemesinde “usul işlemlerinin yoğunluğu ilkesi (*usul muamelelerinin teksifi ilkesi*)” denir. Erem, s. 305.

B. HUKUK VE CEZA MAHKEMESİ TARAFINDAN AYNI ANDA BEKLETİCİ SORUN KARARI VERİLMESİ

Hem senedin bedelsiz olduğuna, senedin senet niteliğini taşımadığına yönelik hukuk mahkemesinde hem de bedelsiz senedi kullanma suçu ile ilgili ceza mahkemesinde derdest bir yargılama söz konusu olabilir. Bu gibi ihtimallerde her iki mahkemenin de bekletici sorun sayma kararı vermesi imkân dahilindedir. Bu gibi durumlarda doktrinde bir görüş ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin kararını bekletici sorun sayması gerektiğini; başka bir görüş ise hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin kararını bekletici sorun sayması gerektiğini; diğer bir görüşse hangi yargılama daha gerideyse ileride olan mahkemenin kararının beklenilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁶. Bedelsiz senedi kullanma suçu bakımından önem arz eden husus, bu suçla ilgili ceza davasının ve hukuk davasının aynı anda derdest olma ve her ikisinin de bekletici sorun sayma kararı vermemiş olması ihtimalidir. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki bu hususta mahkemeleri bekletici sorun sayma kararı vermeye zorlayan kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay uygulamalarına baktığımızda bazı durumlarda senedin bedelsizliğine ilişkin derdest bir menfi tespit davası söz konusu ise ceza mahkemesinin, hukuk mahkemesinin kararının kesinleşmesini beklemesi gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 23. Ceza Dairesinin 2015/681 E., 2015/2907 K., 24/06/2015T sayılı kararında şu şekilde hükmedilmiştir: *“Suça konu senede ilişkin olarak bekletici sorun yapılan Bursa 5. İş Mahkemesi'nin 2008/955 esas ve 2009/661 karar sayılı menfi tespit davasına ilişkin davanın kabulü yönündeki hükmün, kesinleşmesinin beklenip sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi*

³⁶ Akcan, s. 98-101; Söz konusu tartışma ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Soyubelli, s. 114-115; Yargıtay uygulaması, tahkikat aşamasında olan hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinden daha ilerde olması halinde, yargılamaya devam edilmesi; ceza mahkemesinin tahkikat aşamasında daha ileri bir aşamada olması halinde ise, ceza mahkemesinde görülmekte olan davanın hukuk mahkemesinde görülen dava bakımından bekletici sorun yapılmasına karar verilmesi gerektiği yönündedir.” (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E:2014/22658, K:2015/6827, T:07.05.2015.); Çakır, Görkem/Dalar, Erdinç (2017) “The Exercise of Making The Criminal Case Verdicts Prejudicial Question for Civil Law Cases”, Open Access Journal, Part 14, p. 222, <https://www.goksusafiusik.av.tr/Articletter/2017_Summer/GSI_Articletter_2017_Summer_Article14.pdf> s.e.t. 22.03.2021.

*gerektiğinin gözetilmemesi...bozmayı gerektirmiş*³⁷. Ancak bu kararın aksi yönünde uygulamalar da mevcuttur³⁸. Yargılamanın seyri için bekletici sorun kararı verilmesi, hükme ulaşmada yardımcı olacağından bu ihtimalde en uygun olanı, senet yargulamalarında uzman olan, kanunda bir tanımı bulunmayıp özel hukuka ilişkin bir olgu olan bedelsizlik ile ilgili daha tecrübeli olan hukuk mahkemesinin kararının bekletici sorun sayılmasıdır³⁹. Genel olarak senetler ve bu senetlerin bedelsizliği olgusu, özel hukuka ait kavramlardır ve hukuk mahkemeleri bu kavramlarla ceza mahkemesine nispeten daha iç içedir. Bu bağlamda maddi gerçeği araştıran ceza mahkemesinin doğru bir sonuca ulaşma

³⁷ Benzer yönde bkz. "...gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespiti bakımından; bahsi geçen dava bekletici sorun yapılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğinin gözetilmemesi...", Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E:2012/19785, K:2013/1970, T:05/02/2013.; **Soydal Çınar, Tuğçe** (2019) "Kambiyo Senetlerinde Bedelsizlik", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, s. 223.

³⁸ "Sanığın, borcu makbuz karşılığı ödenen 28.04.2001 tanzim, 27.10.2001 vade tarihli, 4780 dolar tutarındaki senedi Ankara 8. İcra Müdürlüğü'nün 2002/1278 sayılı dosyası aracılığıyla tahsil edebilmek amacıyla takip başlatarak bedelsiz senedi kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda; Katılan M.K. tarafından sanık aleyhine açılan Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2005/208-2007/534 Esas-Karar sayılı dosyasının, mahkemenin 22.12.2005 tarihli ara kararıyla sonucunun beklendiği menfi tespit davasının konusunun, Ankara 8. İcra Müdürlüğü'nün 2002/1278 esas sayılı dosyasında takip konusu yapılan 28.04.2001 tanzim, 27.10.2001 vade tarihli, 4780 dolar tutarındaki senedin bedelsiz kalmasına ilişkin olduğu, 22.12.2005 ve 16.06.2009 tarihleri arasında söz konusu davanın beklendiği dosyada, mahkemenin hukuk mahkemesindeki dava sonucunu beklemesine gerek olmadan toplanan delillere göre suçun oluşup oluşmadığının tayin edilebilmesinin mümkün olması karşısında gereksiz olarak verilen bekleme kararının sanık aleyhine hukuki sonuç doğurmayacağı ve bu bekleme süresinin TCK.nun 107. maddesinde belirtilen zamanaşımını durduran süre niteliğinde bulunmadığı anlaşılmalı, bekletici sorun yapılan tarihler arasında zamanaşımının durduğu yönündeki tebliğnamedeki düşünceye iştirak edilmemiştir"(Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E:2012/9811, K:2012/46241, T:24/12/2012).; **Soydal Çınar**, s. 223.

³⁹ *Soyubelli*'ye göre bu ihtimali savunmak HMK m. 214'ü geniş yorumlayıp bu bağlayıcılık hükmünü bekletici sorun saymaya kadar ilerletip hükmün amacından sapılması sonucunu doğurmaktadır. Ceza muhakemesinin delil incelemesi ve araştırması imkânının genişliği karşısında ceza mahkemesinin hukuk mahkemesi kararını bekletici sorun sayma kararı vermesi, ilgili maddenin düzenleniş biçiminden sapılması anlamına gelmektedir. Yargılamada geride olanın bekletici sorun kararı vermesi, O'na göre en makul seçenek olarak görünmektedir. Bkz. **Soyubelli**, s. 115.

ve kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma ve *ıçtihat birliği* ilkesini sağlama noktasında, hukuk mahkemesinin kararını beklemesi daha yerinde olacaktır⁴⁰. Nitekim HMK m. 214/1 hükmüyle senedin sahte olmadığını tespit eden hukuk mahkemesi kararının kesinliğine öncelik tanımakla hukuk mahkemelerinin bu hususta daha yerinde karar verebileceğini öngörmüştür.

Bedelsiz senedi kullanma suçunun maddi konusu ve fiil unsuru üzerinden değerlendirme yapılması gerekirse burada ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin kararını beklemesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncesinde de tekrarladığımız üzere her somut olay kendi gerçekliğinde özeldir. Bu bağlamda kesin bir kural niteliğinde bir kabulde bulunulamaz. Ceza mahkemesinin her somut durumda olması gerekene yönelik değerlendirmelerde bulunması ve olaya ve amaca (*ratio legis*) en uygun kararı vermesi gerekmektedir. Bu kapsamda her iki mahkeme de bekletici sorun kararı verdiğinde yapılması gereken, hukuk mahkemesinin bekletici sorun sayma kararından dönmesi gerekliliđidir⁴¹. Nihayetinde bekletici sorun sayma kararı bir ara karar olduğundan bu karardan hüküm verilinceye kadar her zaman dönülebilecektir⁴². Ancak bedelsiz senedi kullanma suçu yargılaması yapan ceza mahkemesi, senedin bedelsizliği ile ilgili derdest olan hukuk mahkemesi kararının geç sonuçlanacağı tasavvuru ile bekletici sorun sayma yoluna gitmemiş olabilir. Ceza davası sonuçlanmadan hukuk mahkemesinin kararı, kesinleşmiş olabilir. Bu durumda ceza mahkemesi, hukuk mahkemesinin kesinleşmiş kararına dayanarak yargılama gerçekleştirebilir. Bu hususta engel

⁴⁰ Aksi yönde bkz. **Akcan**, s. 101.

⁴¹ “Sahtecilik iddiasında bulunan taraf bu iddiasını, yalnızca hukuk mahkemesinde ileri sürmüş olabilir. Mahkeme yapmış olduğu yargılama neticesinde belgenin sahte olduğunu tespit ederse; bu hususu aynı zamanda taraflar talep etmese dahi Cumhuriyet savcılığına da bildirmelidir. Çünkü TCK m. 279’a göre: “(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”. Hâkimin böyle bir durumda, sahtecilik konusunda yapmış olduğu tespiti Cumhuriyet savcılığına bildirmemesi, maddenin ağırlaştırılmış şekliyle cezalandırılmasını gerektirir.”. **Eroğlu**, s. 22.

⁴² **Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim** (2019) Medenî Usul Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 228.

teşkil edecek bir hukuki düzenleme ise söz konusu değildir⁴³. Ancak her iki mahkemenin aynı hususta verecekleri kararların uyumlu olması gerekmektedir. Hukuk ve içtihat birliğinin sağlanması ve bu sayede adalete olan güvenin sağlanması amacıyla en doğru çözümün hukuk mahkemesinin bekletici sorun kararından dönmesi gerektiği kanaatindeyiz.

II. BEKLETİCİ SORUN SAYILAN HUKUK MAHKEMESİ KARARININ CEZA MAHKEMESİ ÜZERİNDE BAĞLAYICI OLUP OLMAYACAĞI SORUNU

“Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez” şeklindeki HMK m.214/1⁴⁴; hukuk mahkemelerince verilen bir hükmün, ceza mahkemelerinde kesin hüküm olarak kabul edileceğine ilişkin mevzuatımızdaki en açık örnektir⁴⁵. Bu maddeye göre her çeşit senetteki sahteliğe yönelik menfi tespit hükmü kesinleştikten sonra, ceza mahkemelerinde bu senedin sahte olduğuyula ilgili iddialarda bulunulamayacaktır. Hukuk mahkemesince senedin sahte olmadığına hükmedilirse bu hüküm, netice itibarıyla HMK m. 214 ve m. 204 sayesinde ceza mahkemeleri bakımından bağlayıcı olacaktır⁴⁶. Bu düzenleme dışında, aynı

⁴³ Erdönmez, Güray (2016) “Adi ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:28, S:123, s. 156.

⁴⁴ HMK m. 214 hükmü, 1086 sayılı HUMK’un 314. maddesinde aynı anlamı taşımakta olup şu şekilde düzenlenmektedir: “Resmi ve gayri resmi her nevi senedatın sahteliğini iddia eden kimse asıl davayı rüyet eden mahkemede bu iddiasını gerek davayı asliye ve gerek davayı hadise suretiyle ikame edebilir. Usulüne tevfiқан icra kılınan tetkikat neticesinde senedin sahte olmadığına dair mahkemeden sadır olan karar kesbi katiyet ettikten sonra iş bu senet hakkında mahâkimi cezaiyede dahi sahtelik iddiası mesmu olmaz.”

⁴⁵ Soyubelli, s. 103; “...senedin sahte olduğu iddiasıyla iptal davası açıldığı ve derdest olduğu anlaşılınca HUMK’un 314. maddesinde hukuk mahkemesinde senedin sahte olmadığına karar verilmiş olması halinde ceza mahkemelerinde sahtecilik iddiasının dinlenemeyeceği açıklanmış olması karşısında hukuk mahkemesinde açılmış bulunan dava sonucu beklenmeden yazılı biçimde TCK m. 345’e (m. 207 YTCK) göre hükümlülük kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”. Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E:1985/7891, K:1985/7940, T:27.06.1985T.

⁴⁶ Soyubelli, s. 109; HMUK m. 314 ‘ün lafzından anlaşılan (HMK m.214/1), senedin sahte olmadığına yönelik tespit hükmü karşısında ceza mahkemesinin bağlı kalmasıdır. Ancak ilgili

soruna ilişkin hukuk mahkemesinin verdiği kararın ceza mahkemesine etkisine yönelik bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır.

Doktrinde, beklenen hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesi kararını bağlayıp bağlamayacağına yönelik görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki beklenen hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesini bağlamayacağı, ikincisi ceza mahkemesinin bu karara dayanarak karar verip vermeyeceğini kendisinin takdir edeceği, üçüncüsü ise ceza mahkemesinin bu kararla bağlı olacağı temeline dayanan görüştür⁴⁷.

Hukuk mahkemesince verilen kesin hükmün ceza mahkemesini bağlayıp bağlamayacağı hususunda mahkemenin takdir yetkisini esas alan görüşe göre bekletici sorun sayma ihtiyarı ise bu durumda ceza mahkemesi, bekletici sorun saydığı kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararı ile bağlı olup olmayacağını kendisi takdir edecektir⁴⁸. Nitekim hukuk mahkemesi tarafından verilecek karardan yararlanmak amacıyla, bu kararın ceza mahkemesi tarafından beklenilmesine engel olan herhangi bir hukuki düzenleme mevcut değildir⁴⁹. İlaveten ceza mahkemesini de beklediği hukuk mahkemesi kararıyla bağlayan kanuni bir düzenleme de mevcut değildir. Federal Alman Yüksek Mahkemesi de bu görüştedir⁵⁰. Şöyle ki, ceza mahkemesi, § 262 StPO hükmü nazarında hukuk mahkemesi kararını bekletici sorun saydığı hallerde bile bu mahkemece verilen kesinleşmiş hükümlerle bağlı olmayacaktır. Ancak, sadece *inşai etki doğuran hukuk mahkemesi kararları ile* bağlı olacaktır. Örnek vermek gerekirse

maddenin mefhum-u muhalifinden çıkan sonuç, senedin hukuk mahkemesi kararıyla sahte olduğunun tespitinin ceza mahkemesini bağlamayacağıdır. Yani ceza mahkemesi, senedin sahte olup olmadığını kendisi de inceleyip bu hususta hüküm verebilecektir. HMK'nın bu düzenlemesi; ceza hâkiminin, senedin sahteliği konusunda, hukuk hâkiminin menfi tespit hükmü ile bağlı olduğunu kabul etmiş; ancak senedin sahte olduğuna ilişkin hüküm ile onu bağımsız kılmıştır. **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (1973) "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:29, S:3, s. 188.

⁴⁷ Söz konusu görüşlerle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Akcan**, s. 56-58, 93-94.

⁴⁸ **Pekantez, Hakan** (1980) "Bekletici Sorun (Meseleli Müstehire)", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1-4, s. 273.

⁴⁹ **Aras**, s. 368.

⁵⁰ "(BGH, Beschluß vom 4.11.1953, 4 StR 91/53.(1954).NJW, s. 82)" **Akkaş**, dn. 578, s. 202.

evlenme, boşanma, tapu sicilinde değişiklik öngören bu gibi inşai hükümlerde ceza mahkemesi artık yeni bir incelemeye girişemeyecektir⁵¹.

Mahkemenin takdir yetkisi temelindeki görüşe örnek olarak TCK m. 154 verilebilir. *Yenisey*'e göre TCK m. 154'te düzenlenen "*hakkı olmayan yere tecavüz suçu*"nun kovuşturulduğu ceza davasında da hukuka aykırı olarak girilen yer hukuki uyumsuzluk konusuysa ve hukuk mahkemesinde de dava açılmışsa, hukuk davasının sonucu beklenebilir;⁵² hatta beklenmesi de usul ekonomisi ilkesi bakımından yerinde olacaktır. Ancak bu görüşe göre ceza hâkimini bağlayan bir durum söz konusu değildir, bu husus hâkimin takdirindedir⁵³.

Beklenen hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesini bağlayacağını savunan görüşe göre ceza mahkemesi, çözülmesi uzmanlığı gerektiren bir hukuki sorun ile ilgili beketici sorun kararı vermişse, hukuk mahkemesinin kararıyla bağlı olacaktır. Bu görüşe göre ceza mahkemesi, zorunlu olmadığı halde hukuk mahkemesinden çıkacak kesin hükmü ihtiyari olsa bile beketici sorun saymışsa, sorunu çözüme kavuşturma yetkisinin, hukuk mahkemesinin uhdesinde olduğunu kabul ettiği anlamına gelecektir⁵⁴.

⁵¹ **Akkaş**, s. 202-203.

⁵² **Yenisey, Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 154.

⁵³ "Diğer taraftan hukuk mahkemesinde devam eden bir davayı ceza mahkemesinin beketici mesele olarak kabul etmesi halinde hukuk mahkemesinde verilecek hükümden mevcut ceza davasının niteliğine göre faydalanmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda ceza mahkemesi hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kararı isabetli olarak değerlendirdiği takdirde bu kararı kendi hükmüne esas alabilir. Burada ceza hâkimi hukuk hâkiminin toplamış olduğu delilleri yeniden toplamakla mükellef değildir. Burada kesin hüküm niteliği kazanmış olan hukuk mahkemesi kararının takdire şayan olarak görülmesi halinde uyumsuzluğun ispatı hakkında delil olarak değerlendirilmesinde bir engel yoktur. Burada kesin delil veya kesin hüküm olmaktan ziyade hâkime kanaat verecek nitelikte bir takdiri delil durumu söz konusudur". **Aras**, s. 368; **Tan, Hadi** (1951) "Medeni Hukuk Münasebetlerine Müteallik Meselelerde Ceza Mahkemelerinin Yetkisi", Adalet Dergisi, C:5, s. 664.

⁵⁴ **Centel/Zafer**, s. 722; **Akcan**, s. 96; **Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder** (2011) İcra ve İflas Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 684; Aras'a göre beketici sorun yoluna başvurma hâkimin takdirinde olduğu durumlarda hukuk mahkemesi kararı ceza mahkemesi bakımından bağlayıcı sayılmaması gerekmektedir. Aksi kabul edildiğinde maddi gerçeğe ulaşması gereken ceza yargılaması hukuk yargılamasında tespit edilen gerçek ile sınırlandırılmış olacaktır. **Aras**, s. 394.

Bahsedilen bu görüşler, kesin çizgiler içermesi nedeniyle birçok açıdan sorunludur. Şöyle ki; bekletici sorun kurumunun amaçlarının başında aynı soruna ilişkin muhakeme yapan farklı yargı mercilerinin verecekleri kararlar arası bir çelişkinin oluşmasını engellemektir. Böylece *hukuki güvenlik ilkesi* ile adalet fikri korunmuş olacak ve *usul ekonomisi ilkesi* bakımından davalar uzayıp hak kayıpları yaşanmayacaktır⁵⁵. Bu açıdan bakıldığında ihtiyari bekletici sorun saymada takdir yetkisi temelindeki görüş, bu kurumunun amaçlarına aykırılık teşkil etmesinin yanında bu kurumun kendisinden beklenen işlevi yerine getirmek bakımından da etkisiz kalmasına sebep olacaktır. Beklenen hukuk mahkemesi kararının bağlayıcı olmadığı temelindeki görüşün⁵⁶ savunulamamasının sebebiyse, ihtiyari olsa bile ceza yargılamasını durdurma kabiliyetini haiz bir kurumun önemli bir işlevi yerine getirmesidir. Öyle ki yargılamanın durmasına sebep olacak kadar önemli bir problemin çözümü hakkında hukuk mahkemesinin kararı bekleniyorsa; o halde ceza mahkemesinin hukuk mahkemesi kararı ile kesin olarak bağlı olamayacağı görüşü mantık kurallarına aykırı olacaktır⁵⁷. Bu görüşler arasında en uygun görüş, ceza mahkemesinin beklenen hukuk mahkemesi kararıyla bağlı olacağı görüşüdür⁵⁸. Hukuk mahkemesinden çıkacak kararın ceza mahkemesinde yargılamayı durduracak kadar önemli görülmesi, beklenen

⁵⁵ Akcan, s. 95.

⁵⁶ Yargıtay'ın bu görüşte verdiği bir kararı için bkz. "Basın yoluyla hakaret suçundan açılan ceza davasında, daha önce hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında alınan kesinleşmiş kararın, "kesin kanıt" değil, "değerlendirilebilir kanıt" olduğu ve ceza hâkimince doğrudan araştırma yapılması, haberin gerçeklik derecesinin saptanması, savunmaya ilişkin kanıtların toplanması, hukuk mahkemesindeki tazminat davasında dinlenen tanıkların anlatımlarının belirlenmesi, haberin gerçek olduğu ortaya çıktığı takdirde okurların gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bu haberin halk tarafından bilinmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının araştırılması, kamu yararı bulunduğu kabul edildiğinde ise küçük düşürücü değer yargılarının habere eklenip eklenmediğinin incelenmesi ve bu konulardan, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınarak karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E:1996/8295, K:1996/9884, T:23.12.1996.

⁵⁷ Soyubelli, s. 111-112.

⁵⁸ Soyubelli, s. 112; Bu açıdan, ceza mahkemesinde yapılan muhakemeyle aynı konuda hukuk mahkemesinin öncesinde karar vermiş olması halinde; hukuk mahkemesinin vermiş olduğu kesinleşmiş karar, ceza mahkemesi açısından kesin hüküm teşkil edecektir (Eroğlu, s. 23-24). Benzer yönde bkz. Akcan, s. 94.

sorunun çözüme kavuşturulması amacıyla ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin kararını beklemesi, onun bu karara göre karar vermesini gerektirmektedir. Yargıtay da 1989 yılında verdiği İBK ile aslında bu hususta savunduğumuz görüşe paralel bir uygulama birliğini sağlamıştır⁵⁹. Yüksek

⁵⁹ “Ceza mahkemesi, ilgililere süre vererek hukuk mahkemesinden bir kararın çıkmasını beklediği takdirde, hukuk mahkemesi, ceza usulünde benimsenen serbest delil ilkesi hükümlerine göre değil, hukuk usulünde uygulanan istisnalar dışında senede karşı ancak senetle iddiaların ispat edilebileceği ilkesi uyarınca bir karar tesis etmek zorundadır. Bunun sonucu olarak hukuk mahkemesinin senet hakkında verdiği kararın ceza mahkemesini bağlayacağı tartışılmazdır. Çünkü ceza mahkemesi adi hukuka ilişkin uyuşmazlığın hukuk mahkemesinde çözümüne imkan tanıdıktan sonra bu mahkemedeki verilen ve kesinleşen kararı aynen uygulamaması açık bir çelişki olur. İşte bu nedenden dolayı ki, ceza mahkemesi adi hukuka ilişkin bir sorunu ceza usulü kuralları içinde karara bağlamadan bu sorunun hukuk mahkemesinde, çözümüne imkan tanıdıktan sonra, artık hukuk mahkemesinde verilen ve kesinleşen kararı aynen uygulamaması açık bir çelişki olur. İşte bu nedenden dolayı ki, ceza mahkemesi adi hukuka ilişkin bir sorunu ceza usulü kuralları içinde karara bağlamadan bu sorunun hukuk mahkemesinde, çözümüne imkan tanıdıktan sonra bu mahkemesinden verilen kararlarla bağlı olduğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E:1988/1, K:1989/2, T:24.03.1989.; Benzer yönde bkz. “...Nüfus kaydı esas alındığında sanık hakkında uygulanacak madde farklı, savunma ve tanık beyanları esas alındığında ise farklı bir madde olacaktır. Bu hal maddi gerçeği esas alan ceza yargılamasının amacına aykırıdır. Bu nedenle sanığın nüfus kaydında yer alan, maktulün öz annesi olduğuna ilişkin bilginin düzeltilmesi için 5271 sayılı CMY.nın 218/1. maddesindeki kurala uygun olarak, hukuk mahkemesinde sanığın anne adının düzeltilmesi için dava açtırılmalı ve sonucuna göre sanığın hukuki durumu tayin edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:2006/1-341, K:2007/118, T:29.05.2007.; Aynı yönde “Bakırköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2018/731 Esas sayılı dosyası kapsamında verildiği anlaşılabilir geçici mühlet kararı, geçici mühletin uzatılması kararı ve kesin mühlet verilmesi kararları ile şikayete konu çekin keşide ve ibraz tarihleri birlikte değerlendirilmek suretiyle ve ayrıca şikayete konu çekin, ileri tarihli (postdate) olarak keşide edilen bir çek olduğunun ve çek hesabı sahibi tüzel kişinin yetkilileri tarafından henüz konkordato talebi ile mahkemeye başvurulmadan önce keşide edildiği veya geçici mühlet kararı öncesinde keşide edilerek alacaklıya teslim edildiğinin sabit olması durumunda; 5941 sayılı Çek Kanunu'nun 5/1. maddesi kapsamında sanık yönünden cezai sorumluluğunun devam edip etmeyeceğinin tespiti açısından, yargılama sürecinin anılan Ticaret Mahkemesinden sorulup yargılama sürecinin devam ettiğinin anlaşılması halinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218/1. maddesi gereği "bekletici sorun" yapılmak suretiyle, konkordato tasdiki yargılamasını yapan hukuk mahkemesince verilecek kararın sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve

mahkeme, ilk derece mahkemesinin belli bir konuda hukuk mahkemesi kararını bekletici sorun saymasını ve bu konuda çıkacak olan kararı beklemesi gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim 3. Ceza Dairesi, konuyla ilgili içtihadında şu ifadelerle yer vermiştir: “...*Sanığın sürüp ektiği yerin orman sınırlama haritası içinde kalıp kalmadığı, sanığın dayandığı tapunun suç konusu yere uyup uymadığı belirlenmelidir. Tapunun hukuki durumu tartışmalı olabilecek nitelikteyse davaya katılan orman yönetimine tapu iptal davası açması için süre tanınması [mehil verilmesi] ve açılacak davanın sonucunun beklenmesi gerekir.*”⁶⁰. Burada eğer tapu iptal davasının sonucunun beklenmesi gerekiyorsa o zaman mahkemenin, hukuk mahkemesinin kararını doğru bulmadığı için uygulamayacağını iddia etmesi açık bir çelişki doğuracaktır. Mantık kuralları gereği ceza mahkemesi, zorunlu olmadığı halde ihtiyari olarak hukuk mahkemesinin uzmanlık alanına giren bir konudaki kararını bekletici sorun sayıyorsa o kararla bağlı olacağı ön kabulündedir⁶¹. Eğer hukuk mahkemesinin kararını doğru bulmuyorsa bunu hukuken gerekçelendirmelidir. Ancak bu yöndeki kararını gerekçelendirmesi halinde, mahkemenin hukuk mahkemesi kararıyla bağlı olmaması ihtimal dahilinde görülmelidir.

Bedelsiz senedi kullanma suçu ile ilgili olarak değerlendirme yapmak gerekirse ceza mahkemesi, senedin senet vasfına sahip olup olmadığı, bir bedel ihtiva edip etmediği yani bedelsizliği hususunda hali hazırda derdest olan hukuk mahkemesinin kararını bekletici sorun saymışsa kesinleşen bu karara dayanarak hüküm kurması gerekecektir. Ancak bu durum, ceza mahkemesinin her durumda hukuk mahkemesinin bütün tespitleriyle bağlı olacağı anlamında da genellenemez.⁶²

takdiri gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde sanığın mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılma...” Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E:2020/3159, K:2020/13818, T:04.11.2020.

⁶⁰ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E:1981/1156, K:1981/1290, T:25.02.1981.; Aynı yönde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:1959/46, K:1959/46, T:15.06.1959.

⁶¹ Aynı yönde bkz. **Kamışlı, Gani/Taneri, Gökhan** (2018) *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 996.

⁶² Aynı yönde bkz. “*Basın yoluyla hakaret suçundan açılan ceza davasında, daha önce hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasında alınan kesinleşmiş kararın, “kesin kanıt” değil, “değerlendirilebilir kanıt” olduğu ve ceza hâkimince doğrudan araştırma yapılması, haberin gerçeklik derecesinin saptanması, savunmaya ilişkin kanıtların toplanması, hukuk*

Neticede bedelsiz senedi kullanma suçu özelinde ceza mahkemesi senedin bedelsizliği hususunda kendisi nisbi muhakeme yoluyla bizzat karar verebileceği gibi senedin bedelsizliğine ilişkin sahtelik, menfi tespit, senet iptal gibi davaları bekletici sorun sayabilir⁶³. Ceza mahkemesi, bedelsiz senedi kullanma suçu yargılamasında senedin bedelsizliği ile ilgili derdest bir hukuk mahkemesi kararını bekleyip ceza yargılamasının durması yönünde karar veriyorsa bu durumda kesinleşen hukuk mahkemesi kararı ile bağlı olmayacağının kabulü hayatın olağan akışında beklenebilir bir durum değildir. Aksi yönde uygulama iki farklı muhakeme sonucunda farklı kararların ve bu farklılık nedeniyle çelişkinin doğmasına sebep olabilecektir. Bu durum ise içtihat birliğine aykırı bir durumun doğmasına ve hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu da elbette yargıya olan güveni zedeleyecektir⁶⁴. Ancak unutulmaması gereken nokta ceza mahkemesinin, hukuk mahkemesinin kararını değerlendirmesi, kesinleşmiş bir karar olsa dahi her yönüyle incelemesi gerekliliğidir.

Sonuca varmak gerekirse ceza mahkemesinin bekletici sorun saymaya karar vermesi durumunda; hukuk mahkemesinin bu hususta vereceği maddi ve şekli anlamda kesin hükmü, kesin delil ve kesin hüküm niteliğinde değerlendireceğini baştan kabul etmiş olacaktır⁶⁵. Bedelsiz senedi kullanma suçu özelinde yürütülen bir ceza davasında ispata ilişkin hususta aynı zamanda hukuk davasının devam etmesi durumunda ceza mahkemesinin, ilgili kararı beklemeyip kendisi karar verdiği ihtimalde, iki mahkemenin kararları çelişebilecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu şu ifadelerle bekletici sorun sayılan hukuk mahkemesi kararının ceza mahkemesini bağlayacağına

mahkemesindeki tazminat davasında dinlenen tanıkların anlatımlarının belirlenmesi, haberin gerçek olduğu ortaya çıktığı takdirde okurların gereksiz merak duygularını doyumra yerine, bu haberin halk tarafından bilinmesinde kamu yararı bulunup bulunmadığının araştırılması, kamu yararı bulunduğu kabul edildiğinde ise küçük düşürücü değer yargılarının habere eklenip eklenmediğinin incelenmesi ve bu konulardan, gerektiğinde bilirkişiden de görüş alınarak karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E:1996/8295, K:1996/9884, T:23.12.1996.

⁶³ Eroğlu, s. 27-28.

⁶⁴ Kamışlı/Taneri, s. 996.

⁶⁵ Eroğlu, s. 28.

hükmetmiştir: "...bir eylemin suç olup olmaması başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise, ceza mahkemesi bu sorunu kendi çözümlenebileceği gibi, yargılamaya ara vererek hukuk davası açılması için ilgililere uygun bir süre verebilecek ve hukuk mahkemesinden bu konuda bir karar verilmesini de bekleyebilecektir. İlgililere süre verilerek hukuk mahkemesinden bir kararın çıkması beklendiği takdirde, örneğin senetten kaynaklanan bir borcun ödenip ödenmediği ile ilgili değerlendirme yapan hukuk mahkemesi, ceza usulünde benimsenen serbest delil ilkesi hükümlerine göre değil, hukuk usulünde uygulanan "istisnalar dışında senede karşı iddiaların ancak senetle ispat edilebileceği" ilkesi uyarınca bir karar tesis edecek ve senet hakkında hukuk mahkemesince verilen karar ceza mahkemesini de bağlayacaktır. Görüldüğü üzere, ceza mahkemesi yüklenen suçun ispatı açısından ceza usulü kuralları içinde karara bağlamadığı bir sorunun hukuk mahkemesinde çözümüne imkan tanıdıysa, artık hukuk mahkemesinden verilen kararla bağlı olacaktır. Başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunu kendisi karara bağlamak istediği takdirde ise, yine aynı kuralları, yani hukuk usulünde benimsenen kuralları uygulaması gerekecektir. Aksi halin kabulünde çelişkili kararların tesisi ihtimali nedeniyle adalete olan güven sarsılacaktır. Bu durumda ceza mahkemesi, bir fiilin suç olup olmamasını değil, bir hukuki işlemin, yani senede bağlı bir borcun ödenip ödenmediğini belirleyerek sonuca gideceğinden, senede bağlı bir borcun ödenip ödenmediğine bağlı olarak da bedelsiz senedin kullanılması suçunun sübutunu hukuk usulünde öngörülen kuralları uygulamak suretiyle çözümlenmek zorundadır. Bu zorunluluk yalnızca ödeme iddiasına ilişkin olup, sanığın kastı, senedi kullanıp kullanmadığı gibi diğer unsurları değerlendirirken ceza muhakemesindeki serbest delil ilkesine uygun şekilde takdirini kullanabilecektir."⁶⁶

Senedin niteliğine, bedelsizliğine ve geçersizliğine ilişkin hukuk mahkemesinde derdest bir dava söz konusu ise ceza mahkemesi bekletici sorun kararı vermelidir. Ceza mahkemesinin; senetlerin niteliği, bedelsizliği ve mevcudiyeti gibi hukuk mahkemesinin uzmanlık alanına giren ispata ilişkin hususlar hakkında karar vermesinin neden olabileceği çelişkili sonuçların doğmasının önlenmesi ve ispat kolaylığının sağlanabilmesi için bekletici

⁶⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:2012/1086, K:2013/40, T:05.02.2013.

sorun sayma kararı çok önemlidir. Çünkü bekletici sorun sayma kararı, fayda düşüncesine dayanır⁶⁷. Bu fayda ise hem tarafların hem de kamunun menfaatini içeren faydadır. İki yargı yolu tarafından çelişkili karar verilmemesine ilişkin bireysel fayda ile hukuki öngörülebilirlik temelinde hukuk birliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal fayda, bu hususta iç içe geçmiş bulunmaktadır. Ancak bu durumda da hukuk mahkemesinin kararı ceza mahkemesi için kural olarak kesin hüküm teşkil etmeyecek, takdiri delil niteliğinde değerlendirilecektir. Nitekim hukuk ve ceza mahkemelerinin kararlarının birbirleri bakımından kesin hüküm teşkil edeceği haller kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak ihtiyari de olsa ceza mahkemesi hukuk mahkemesinin kararını beklemekteyse kanuni bir düzenleme olmasa bile hem bu yöndeki Yargıtay kararları gereği hem de mantık kuralları gereği bağlayıcılık etkisi söz konusu olabilecektir. Kaldı ki ceza davasına konu uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk mahkemesinde hükmedilen tazminat veya icra inkâr tazminatları gibi cezaî nitelikteki kararlar ile bu kararların infaz edilmiş olması durumu, ceza mahkemesindeki davada erteleme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararları açısından da zararın giderilmesi şartını karşılamaktadır⁶⁸.

Senedin niteliğine ilişkin tespit davasındaki hüküm menfi tespit niteliğindeyse; yani senedin senet niteliğini haiz olmadığı sonucuna varılırsa, ceza mahkemesinde görülen bedelsiz senedi kullanma suçu yargılamasında sanık hakkında “yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması” sebebiyle beraat hükmü kurulması gerekecektir (CMK m. 223/2-a)⁶⁹ Nitekim suçun maddi konusu bulunmadığı gerekçesiyle tipikliğin maddi unsuru gerçekleşmemiştir. Ancak hukuk mahkemesinin menfi tespit hükmüne rağmen ceza mahkemesinin bu kararla kendisini bağlı görmemesi ve hukuk mahkemesinin kararını dikkate almadan hüküm kurması doğru bir uygulama olmayacaktır. Burada hukuk mahkemesi aynı zamanda suçun maddi konusu olan senedin bu niteliği haiz olmadığını tespit ederek ceza mahkemesinin işini de kolaylaştırmıştır. Eğer aksi kabul edilecek olup ceza mahkemesi hukuk mahkemesinin kararından bağımsız olarak hüküm kurarsa, tipikliğin maddi

⁶⁷ Toroslu/FeYZioğlu, s. 106.

⁶⁸ Aras, s. 390.

⁶⁹ Atalan, s. 862.

unsuru özelinde verilen kararlar arasında çelişki meydana gelecektir⁷⁰. Böylesi bir durum ise adalete olan güvenini sarsacaktır. Aynı zamanda hukuki öngörülebilirlik ilkesi zedelenmiş ve böylece hukuk birliği sağlanamamış olacaktır.

III. CEZA MAHKEMESİNİN NİSBE MUHAKEME YAPMASI

Mahkeme, yüklenen suçun ispatının, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olduğu durumlarda kendisi bizzat yargılama yapmaya karar verdiğinde, ceza muhakemesine hâkim ispat ilkelerine uygun olarak karar verir (CMK m. 218/1). Eğer davada fiille ilgili subûta varmak, ceza hukuku dışında özel hukuka ilişkin bir sorunun açıklığa kavuşturulmasını gerektiriyorsa, mahkeme bu durumda *serbest takdir prensibine* göre yargılamayı yürütür⁷¹. Ancak ceza davasının konusunun özel hukuka ilişkin olması, mahkemenin HMK ile bağlı olmasını gerektirmeyecektir⁷². Nisbi muhakeme olarak adlandırılan bu kurum, bedelsiz senedi kullanma suçunda özellik arz etmektedir.

Bedelsiz senedi kullanma suçu bakımından kanuni bir düzenleme olmasa dahi 1989 tarihli İBK ve 2013 tarihli CGK kararı⁷³ gereği HMK'nın ispat hükümleri uygulanacağı için söz konusu İBK ile CMK m. 218/1 ve 217 hükmü arasında çelişki bulunmaktadır. Yargıtay, bedelsiz senedi kullanma suçunda HMK'nın senetle ispat kurallarına göre yargılamanın sonuçlandırılacağına hükmetmiştir. Ancak CMK m. 217'ye göre ise "(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. (2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." Aynı

⁷⁰ Tipikliğin maddi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini ceza mahkemesi tayin eder, hukuk mahkemesinin bu konuda belirleme yapma yetkisi olmadığı gibi, böyle bir belirleme ceza mahkemesini bağlayıcı nitelikte de değildir.

⁷¹ Akkaş, s. 190.

⁷² Akkaş, s. 189.

⁷³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:2012/1086, K:2013/40, T:05.02.2013.; Aynı yönde güncel Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:2017/31, K:2020/354, T:09.07.2020.

şekilde 218/1'in ilk cümlesine göre: “Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir.”

Bakıldığında CMK m. 218 hükmünün lafzı oldukça sorunludur. Yüklenen suçun ispatının ceza mahkemeleri dışında başka bir mahkemenin görev alanına girdiğinin tespitini kimin yapacağı belirtilmemiştir. İspat hususunda bir konunun ceza mahkemesi dışında başka bir mahkemenin görev alanına girdiğini belirten bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. CMK m. 217 hükmü, ceza mahkemelerinin serbest delil sistemine bağlı olarak araştırma yapacağını düzenlemektedir. Ancak bu iki muhakeme arasında ispat kuralları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Hukuk muhakemesinde kanuni delil sistemi geçerliken ceza yargısında serbest (*vicdanî*) delil sistemi geçerlidir⁷⁴. Serbest delil sisteminin esas özelliği ise hukuka uygun olarak elde edilmiş olmak kaydıyla her şeyin her şeyle ispatlanabilmesi ve her şeyin delil olarak itibar görebilmesidir⁷⁵. Bu serbestlik delillerin değerlendirilmesinde de serbestliği beraberinde getirmektedir. Nitekim CMK m. 217/2 uyarınca yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilecektir⁷⁶. Buna karşın senedin bedelsizliğini araştıran hukuk mahkemesinde bu husus ancak senetle ispat kuralına göre ispatlanabilecektir. Nitekim daha önce

⁷⁴ **Gökler, A. Metin** (2010) “Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ile Bu Kuralın İstisnaları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, s. 216-217.; **Taner**, s. 7.

⁷⁵ **Gökler**, s. 216-217.

⁷⁶ “Ceza yargılamasında kanıt serbestliği ilkesi başlığı altında toplayabileceğimiz ve yasanın gerekçesinde açıklanan temel prensiplere göre; a) her şeyin kanıt olabileceği, b) ilgililerin kanıt ileri sürebilecekleri, c) hâkimin kendiliğinden kanıt araştırabileceği (hatta zorunlu olarak araştırması gerektiği), d) kanıt ileri sürmede zaman kısıtlaması olamayacağı, e) kanıtlama külfetinin sanığa yüklenemeyeceği, f) kanıt değerlendirmede hâkimi bağlayan üstün kanıtın söz konusu olmayıp, hâkimin tüm kanıtları serbestçe değerlendireceği (*vicdani kanaat*), ceza yargılamasının temel ilkeleridir. Bu ilkelerin birinden dahi vazgeçmek, ceza yargılamasının temel felsefe ve yapısına aykırı davranmak anlamını taşır.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E:1991/81, K:1991/111, T:08.04.1991).; **Gedik, Doğan** (2019) “Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:21, Özel S., s. 916.

bahsettiğimiz Yargıtay İBK da bu yöndedir. Burada kanun sistematığına aykırılık söz konusu olsa da ceza mahkemesi nisbi muhakeme yoluna gittiğinde Yargıtay'ın kabulüne göre senetle ispat kuralına dayalı olarak ispat faaliyeti gerçekleştirecektir⁷⁷.

⁷⁷ “Biraz önce değinilen adi hukuka ilişkin sorunu ceza mahkemesi kendisi karara bağlamak istediği takdirde, yine aynı kuralları, yani hukuk usulünde benimsenen kuralları uygulaması icap eder. Aksi halin kabulünde çelişkili kararların tesisi olasılığı nedeniyle hak ve nispet kurallarına aykırı bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki, bu da yargıya olan güveni sarsar. Her ne kadar CMUK.nun 255. maddesinde bir fiilin suç olup olmaması adi hukuka ilişkin bir sorunun çözümüne bağlı olduğu takdirde, ceza mahkemesi bu sorunu dahi ceza işlerindeki usul ve deliller için geçerli kurallara göre karar verir biçiminde ise de, bu somut uyumsuzlukta ceza mahkemesi, bir fiilin suç olup olmamasını değil, bir hukuki işlemin, yani senet düzenlenmesi halinin suç olup olmamasını karara bağlamaktadır. Başka bir deyişle, sanık tarafından yapılan hukuki işlemin ve özellikle anlaşmaya aykırı düzenlendiği ileri sürülen senede ilişkin hukuki işlemin suç olup olmadığı incelenmektedir. Bu nedenle ceza hâkimi, imzalı boş kağıdın aradaki anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiasının sübutunu hukuk usulünde öngörülen kuralları uygulamak suretiyle çözümlmek zorunludur.

Ceza ve hukuk mahkemelerinde, sübuta ilişkin bir sorunun çözümünde farklı usul kurallarının uygulanmasının kabulünde farklı sonuçların çıkacağı açıktır. CMUK.nun 255. maddesinin alındığı Alman Usulünde bu farklılık yoktur. Çünkü bu ülkede gerek ceza ve gerek hukuk usulünde serbest delil istemi uygulanmaktadır. Öte yandan, imzalı boş kağıdın anlaşma dışı doldurulduğu iddiasının ceza mahkemesinde serbest delil usulü ve hukuk mahkemesinde ise, istisnalar dışında sınırlı delil usulüne göre çözümünün ve bundan dolayı farklı sonuçların ortaya çıkmasının kabulü adalet ve hakkaniyete aykırı düşer. Bu itibarla, imzalı boş kağıdın anlaşma dışı doldurulduğu iddiasına ilişkin adi hukuka ait sorunun çözümünde, ceza ve hukuk mahkemelerinden verilen kararların farklı sonuçlarının uygulamada doğuracağı sakıncaların önlenmesi bakımından, tanıkla ispat konusunda ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin bağlı olduğu usul kurallarını uygulaması gerekir.” 1989” İmzalı boş bir kağıdın anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasının cezada sabit görülerek verilen mahkumiyet kararının aksine olarak hukuk mahkemesinde böyle bir iddianın yerinde olmadığı kabulü ile alacağın gerçek bulunduğu sabit olduğu takdirde, alacaklı ceza kararı sonucu mahkum olacak ve fakat aynı alacaklı hukuk mahkemesi kararı sonucu alacağını icrada tahsil edecektir. Böylesine çelişkili durumun ortaya çıkmasına hukuk mantığının cevaz vermeyeceği doğaldır. Bu sonucu benimsemek Borçlar Kanunu'nun az önce açıklanan 53. maddesindeki hukuki esaslarla da bağdaştırılamaz. Aksinin kabulü halinde senet borçlusunu hiçbir zaman ne İcra Tetkik Mercii Hâkimliğine, ne de Ticaret Mahkemesine başvurma yoluna gitmeyecek, şahit temin ederek C. Savcılığına başvurarak dava açılmasını, kamu davasına da katılarak şahsi hakkının hüküm altına alınmasına ve asıl önemli olan TCK.nun 36. maddesine dayanarak davaya konu belgenin zoralmına karar verilmesini sağlayabilecektir. Hal böyle olunca ve bu yol açılınca

Doktrinde genel olarak Yargıtay uygulamasına paralel biçimde, benzer olaylarda çelişkili kararların doğmasının önlenmesi için bedelsiz senedi kullanma ve açığa atılan imzanın kötüye kullanılması suçları gibi özel hukuku ilgilendiren konularda ceza mahkemesinin nisbi muhakeme yapması durumunda senetle ispat kuralına bağlı olması gerektiği savunulmaktadır⁷⁸. Adalet ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğmaması ve kişilerin haklarından mahrum bırakılmamalarına yönelik yargıya olan güvenin sarsılmaması için bu sonucu kabul etmek kaçınılmaz olarak değerlendirilmektedir⁷⁹.

SONUÇ

Hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemelerinin teşkilatlanışı, hukuk davaları ile ceza davalarının konuları, taraflar arası eşitlik, gerçekleşen yargılamalar neticesinde verilen kararlar ile bunların hukuk dünyasında yarattıkları etki, kesinleşmeleri, yargılama usûlleri, sonuca varılabilmesi için gerekli deliller ve bunların değerlendirilmesi hususları birbirinden farklılık arz etmektedir.

Ceza ve hukuk mahkemelerinde, sübuta ilişkin bir sorunun çözümünde farklı usul kurallarının uygulanması farklı hukuki sonuçların doğmasına sebep olabilir. Senede bağlı bir borcun ödendiği veya senedin bu vasfı haiz olmadığı

H.U.M.K. ve İ.İ.K. hükümleriyle getirilen sınırlamaların uygulama olanağı da eylemli olarak kalkacaktır.

Kaldı ki, cebinde gerçeğe ve hukuka uygun olarak düzenlenmiş senet bulunan alacaklının senede konu alacağını tahsil edememe tehlikesinden de öteye TCK.nun 509. maddesinde gösterilen sonucu bakımından çok ağır olan bir cezanın tehdidi altında bulundurulması, hatta H.U.M.K. ile İ.İ.K., Ticaret Kanunu hükümlerine güvenerek alacağını sağlam gördüğü için, şahit temini yolunu hiç aklına getirmediğinden, kolayca mahkum edilebilme yolu açılacaktır. Böyle bir yolun açılması, toplumda güveni sarsar, ekonomik bayatı alt-üst edecek sonuçları doğuracaktır.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E:1988/1, K:1989/2, T:24.03.1989.

⁷⁸ **Ünver**, s. 185.; **Aras, Bahattin** (2016) “Sahtecilik İddiası Bakımından Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:29, S:124, s. 388-389.; Aksi yönde bkz. **Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/ Önok, Murat** (2020) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 1074.; **Malkoç, İsmail** (2013) Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Ankara, Yazarın Kendi Yayını, s. 2660.

⁷⁹ **Ünver**, s. 185.

iddiası ceza mahkemesinde serbest delil usulüne, hukuk mahkemesinde ise, istisnalar dışında kanuni delil sistemine göre çözülecektir. Bu çözümden dolayı farklı sonuçların ortaya çıkmasının göz ardı edilmesi de adalet ve hakkaniyete aykırı düşecektir. Bu kapsamda senet bedelinin itfa edilip edilmediğine dair sorunun çözümünde, ceza ve hukuk mahkemelerinden verilecek farklı kararların uygulamada sorun doğurmaması için ispat konusunda ceza mahkemesi hukuk mahkemesinin tabi olduğu ispata ilişkin usul kurallarını uygulaması önemlidir.

Senedin bedelsizliğine ilişkin bir hukuk davası devam etmekteyse ceza mahkemesinin bu kararı beklemesi gerekmektedir. Nitekim sorunun çözümü suçun ispatıyla ilgili olup fiilin suç olup olmadığının belirlenmesi ile ilgili değildir. Halihazırda ceza mahkemeleri, diğer mahkemelerin kararları ile bağlı değildir. Ceza hakiminin hukuk hakiminin kararını beklemesi birçok açıdan önem teşkil etmektedir. Hukuk mahkemeleri senetlerle ilgili uzmanlaşmış ve konuda oldukça tecrübe kazanmıştır. Hukuk mahkemesi kararının beklenmesi ve beklenen bu kararlar da ceza mahkemesinin kural olarak bağlı sayılması sayesinde adli yolla maddi gerçeğin araştırıldığı ceza mahkemesinde, mahkemeler arası yardımlaşma ve iş birliği vasıtasıyla ceza mahkemesi, sübuta varmada misyonunu gerçekleştirmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akcan, Recep** (1988) “Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara.
- Akkaş, A. Hulusi** (2016) Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Akkaya, Mustafa** (2000) “Vergi Mahkemesi ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Etkileşimi Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:49, S:1, s. 85-96.
- Aras, Bahattin** (2016) “Sahtecilik İddiası Bakımından Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:29, S:124, s. 388-389.
- Arslan, İbrahim** (2008) “Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, S:1, s. 11-28.
- Artuç, Mustafa** (2019) Pratik Türk Ceza Kanunu, 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Artuç, Mustafa** (2020) Malvarlığına Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim** (2019) Medenî Usul Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Bayraktar, Köksal/Yıldız, Kemal/Aksoy Retornaz, Eylem/Akyürek, Güçlü/Sonay Evik, Vesie/Evik, Ali Hakan/Kangal, Zeynel T./Memiş Kartal, Pınar/Sınar, Hasan/Altunç, Sinan/Aytekin İnceoğlu, Asuman/Bostancı Bozbayındır, Gülşah/Erman, Barış** (2018) Özel Ceza Hukuku, Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Belgin Güneş, Derya** (2019) “Ceza Mahkemesi Tarafından Ceza Verilmesine Yer Olmadığına İlişkin Kararın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Tesiri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:77, S:1, s. 185-216.

- Berkin, Necmettin** (1948) “Senetlerde Sahtecilik ve Suçun Kanuni Unsurları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:14, S:3-4, s. 669-699.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide** (2020) Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem** (2017) Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt 1, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Çakır, Görkem ve Dalar, Erdinç** (2017) “The Exercise of Making The Criminal Case Verdicts Prejudicial Question for Civil Law Cases”, Open Access Journal, Part 14, p. 215-226. <https://www.goksufiisik.av.tr/Articletter/2017_Summer/GSI_Articletter_2017_Summer_Article14.pdf> s.e.t. 22.03.2021.
- Demirağ, Fahrettin** (2018) Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Erdem, D. Özge** (2018) “Türk Ceza Hukukunda Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu (TCK m. 209)”, Ceza Hukuku Dergisi, C:13, S:37, s. 171-194.
- Erdönmez, Güray** (2016) Adi ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:28, S:123, s. 147-208.
- Erem, Faruk** (1973) Ceza Usulü Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Eroğlu, Orhan** (2018) Sahtecilik İddiasına Dayalı Menfi Tespit ve İstirdat Davalarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi. Terazi Hukuk Dergisi, C:13 S:146, s. 14-32.
- Esen, Sinan** (2007) Anlatımlı ve İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Gedik, Doğan** (2019) Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m. 217). Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan), C:21, Özel S., s. 913-963.
- Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Pamuk, Gülfem/ İçer, Zafer/ Çakır, Kerim/ Öztürk, Nurten/ Apiş, Özge/ Ünal, Ertuğrul/ Gültekin Diken, Nil**

- Melek/ Yılmaz, Zahit/ Erdin, Selim/ Şenerdoğan Büşra** (2018), *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Gökler, A. Metin** (2010) “Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ile Bu Kuralın İstisnaları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.
- Güngör, Devrim/Okuyucu Ergün, Güneş** (2009) “Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C:22, S:83, s. 68-72.
- Kamışlı, Gani/Taneri, Gökhan** (2018) *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Kapancı, Kadir B.** (2016) *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi* (TBK m. 74), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S:1, s. 511-552.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (1973) “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medenî Hukuk İlişkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:29, S:3, s. 185-225.
- Koçak, Hakan** (2009) “Ceza Yargılamasının Hukuk Mahkemelerini Bağlayıcılığı Sorunu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder** (2011) *İcra ve İflas Hukuku*, 25. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Malkoç, İsmail** (2013) *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 3. Cilt, Ankara, Yazarın Kendi Yayını.
- Parlar Ali/Hatipoğlu, Muzaffer** (2008) *5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu* Cilt 1, Ankara, Yazarın Kendi Yayını.
- Pekcanitez, Hakan** (1980) “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:1, S:1-4, s. 249-275.
- Sarsıkoğlu, Şenel** (2014) *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, Ankara, Adalet Yayınevi.

- Selçuk, R. Nurettin** (1975) “Ceza Kararlarının Hukuk Hâkimine Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi, C:5, S:1, s. 718-725.
- Soydal Çınar, Tuğçe** (2019) “Kambiyo Senetlerinde Bedelsizlik”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.
- Soyubelli, Fethullah** (2013) Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara, Hâkim Yayınları.
- Şahin, Cumhuri** (2005) Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Tan, Hadi** (1951) “Medeni Hukuk Münasebetlerine Müteallik Meselelerde Ceza Mahkemelerinin Yetkisi”, Adalet Dergisi, C:5, s. 659-666.
- Taner, Tahir** (1955) Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- Taşdemir, Kubilay** (2011) Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara, Cantekin Matbaacılık.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/ Önok, Murat** (2020) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Ünver, Yener** (1996) “Ceza Yargılaması Hukukunda İsbata İlişkin Bir Yargıtay İBK’nın İncelenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 55, S:1-2, s. 183-218.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Cilt, 15. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe** (2014) Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- Yenisey, Feridun** (2019) Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

GÖNDEREN DEVLET KONUMUNDA OSMANLI'DA DİPLOMATİK TEMSİL*

Arş. Gör. Nihal TOKER**

ÖZET

18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde lafzı geçen *gönderen devlet* mefhumu, esasen Osmanlı Devleti'nde karşılıklı diplomasi dönemi; kabul eden devlet mefhumu ise karşılıksız diplomasi dönemi için anlam kazanmaktadır. Fransız İhtilali'nden sonra uluslararası sistemdeki dengelerin değişmesi, Şark Meselesi kavramının ortaya çıkması, buna bir cevap olarak Osmanlı Devleti'nin denge siyasetine geçmesi, Osmanlı Devleti'ni karşılıklı diplomasiye geçmeye sevk etmiştir. Osmanlı Devleti'nin Yusuf Âgâh Efendi'yi Londra'ya ilk ikamet elçisi olarak göndermesiyle birlikte, modern uluslararası hukuk anlamında gönderen devlet konumu başlamıştır. İlk ikamet elçisinin gönderilme usulüne dair konulardaki tecrübesizlik nedeniyle, Osmanlı'nın o dönemki İngiltere büyükelçisi Lord Ainslie ile Mehmet Raşit Efendi bir görüşme gerçekleştirmiştir. Söz konusu görüşmeden hareketle, aslında ilk ikamet elçisi ve sonrasında da Avrupa'nın diplomatik usulünden faydalanılması var olan diplomatik kaidelerle uyum çabasının tezahürüdür. Çalışmadan çıkarılan genel sonuç ise, gönderen devlet konumunda Osmanlı'da diplomatik temsilin gerek sınıflandırılmasında gerek yararlandığı muafiyet ve ayrıcalıklarda ve daha birçok başlıkta günümüz diplomasi prensipleriyle büyük oranda benzerlik gösterdiğinin tespittir.

Anahtar Kelimeler: Gönderen Devlet, Osmanlı Devleti, Karşılıklı Diplomasi, İkamet Elçilikleri, Diplomatik Temsil.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.910237 – Geliş Tarihi: 05.04.2021 – Kabul Tarihi: 10.06.2021.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, nihalhukuk@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8571-3453.

DIPLOMATIC REPRESENTATION IN THE OTTOMAN EMPIRE AS THE SENDING STATE

ABSTRACT

The concept of sending state, which was mentioned in the Vienna Convention on Diplomatic Relations of April 18, 1961, is essentially a period of mutual diplomacy in the Ottoman state, while the concept of the receiving state makes sense for a period of unrequited diplomacy. After the French Revolution, the change of balances in the international system, the emergence of the concept of the Eastern question, the transition of the Ottoman state to balance policy as a response to this led the Ottoman state to switch to mutual diplomacy. With the Ottoman Empire sending Yusuf Âgâh Efendi to London as its first resident envoy, the position of sending state began in the sense of modern international law. Due to inexperience in the process of sending the first resident envoy, Mehmet Rashit Efendi held a meeting with Lord Ainslie, the Ottoman ambassador to Britain at the time. Based on this meeting, in fact, the first ambassador of residence and the subsequent use of the diplomatic procedure of Europe is a manifestation of the effort to align with existing diplomatic pedestals. The general conclusion of the study is that the diplomatic representation in the Ottoman Empire in the position of the sending state, both in its classification and in the exemptions and privileges it benefits, and in many other titles, is largely similar to the principles of diplomacy of today.

Keywords: Sending State, Ottoman Empire, Mutual Diplomacy, Resident Embassies, Diplomatic Representation.

GİRİŞ

Gönderen Devlet Konumunda Osmanlı'da Diplomatik Temsil adlı çalışmamızda diplomasiye özgü bir terim olan *gönderen devlet*, çalışmanın sınırlarını başlıkta vurgulamak adına bilinçli olarak tercih edilmiştir. Bu konunun seçilme sebebi, literatürde var olan bilgilerin Osmanlı Devleti'nin gönderen devlet olma durumuna özgülenererek bir araya getirilme düşüncesidir. Konunun önemi, modern uluslararası hukukun diplomatik temsil başlıklarıyla Osmanlı Devleti'nin gönderdiği elçilerin tabi olduğu hukuki rejimin daha önce makale biçiminde incelenmemiş olmasına dayanmaktadır.

Çalışmamızın konusuna ilişkin olarak literatürde ön plana çıkan kaynak, elçilerin buldukları ülkelerde gösterdikleri faaliyetler hakkında kaleme aldıkları sefaretnamelerden yola çıkarak hazırlanmış olan Faik Reşit Unat'ın Osmanlı Sefirleri ve Sefaretnameleri adlı eserdir. Osmanlı'nın gönderen devlet konumuna odaklanan diğer eserlerde de genel olarak daimi ikamet elçileri üzerinde durulmuştur. Gerçekten de, Osmanlı Devleti'nin gönderen devlet konumu açısından fevkalade elçiler döneminden ziyade daimi ikamet elçiler dönemi daha ön plana çıkmaktadır.

Çalışmamızın akış planı ise şu şekildedir: Osmanlı Devleti'nin daimi ikamet elçileri dönemine nasıl geçtiğinin anlaşılması adına ilk olarak diplomatik temsilin gelişimi incelenmiş daha sonra diplomasi temsilcilerinin sınıflandırılması, diplomatik ayrıcalıklar, diplomatik temsilcinin seçilmesi, kabulü ve görevinin sona ermesi gibi tabi oldukları hukuki rejime dair başlıklar ele alınmıştır. Bu başlıkların içeriğinde yer yer teşrifata dair kurallara da değinilmiştir.

I. OSMANLI'DA DİPLOMATİK TEMSİLİN GELİŞİMİ

A. KARŞILIKSIZ DİPLOMASİ DÖNEMİ

Ortaçağ'ın sona ermesinden itibaren Avrupa'da yaygın biçimde benimsenen diplomasi ve devletler hukuku ilkeleri Osmanlı Devleti tarafından uzun dönemler uygulanmamıştır. III. Selim'in tahta çıktığı 1789 yılına kadar

Osmanlı Devleti'nin diğer devletlerle ilişkileri hep tek yönlü kalmıştır¹. Batılı devletlerin Fatih Sultan Mehmet'ten beri İstanbul'da daimi elçi bulundurmalarına karşın, padişahlar dış ülkelere geçici nitelikte fevkalade elçiler² göndermekle yetinmişlerdir. Bu duruşun belli başlı sebepleri şunlardır³: İlk neden, Osmanlı Devleti'nin kendine güveninin zirvede olduğu yükseliş döneminde kendine yeterlilik ilkesini⁴ benimsemesi ve bu nedenle başka ülkelerle ilişkileri önemsememesidir. İkinci neden ise, İslam dininin temelleri üzerine oturtulan Osmanlı Devleti'nin Dar'ül Harb-Dar'ül İslam ayrımı dolayısıyla diğer dinleri kabul etmiş toplumlarla barışçı yollarla ve eşit şartlarda ilişki kurmasının söz konusu olmamasıdır⁵. Bununla ilintili olarak,

- ¹ **Elçi, İsmail Hakkı** (2019) "Osmanlı Diplomasisi ve Gelişim Süreci", Külliyyat Osmanlı Araştırmaları Dergisi, S: 9, s. 26-31; **Kodaman, Timuçin/Akçay, Ekrem Yaşar** (2010) "Kuruluştan Yıkılışa Kadar Osmanlı Diplomasisi Tarihi ve Türkiye'ye Bıraktığı Miras", SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, S: 22, s. 80-82.
- ² Osmanlı Devleti, daha kuruluşundan itibaren cülus, doğum, harp ilanı, barış yapılması veya dostluk teklifi gibi çeşitli vesilelerle komşu veya yabancı ülkelerin hükümdarlarına elçiler göndermiştir. Bu elçiler, "fevkalade elçi" olarak adlandırılır ve görevlerini bitirince geri dönerlerdi. Fevkalade elçiler, Osmanlı hükümetinin dost ve düşman ülkelerin durumundan haberdar olmasının yollarından sadece biriydi. Bunun dışında; doğuda sınır eyaletleri valileri, kuzeyde Kırım hanları, batıda Eflak ve Boğdan Voyvodalığı, Dubrovnik Cumhuriyeti ve Erdel Krallığı, Babıali'yi buldukları bölgeyle ilgili bilgilendirme görevini yerine getiriyordu. Yine, Avrupa'da bulunan Osmanlı tacirleri ve Fenerli Rum Beyleri'nden olan Divan-ı Hümayun tercümanı da gördükleri veya duydukları havadisleri hükümete rapor ederlerdi. Bakınız (bkz) **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1949) "19. Asır Başlarına Kadar Türk-İngiliz Münasebetine Dair Vesikalar", Belleten, C: 13, S: 51, s. 581.
- ³ **İskit, Temel** (2018) Diplomasisi, 6. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 123-124; **Unat, Faik Reşit** (1968) Osmanlı Sefirleri ve Sefaretnameleri, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 15; **Turan, Namık Sinan** (2004) "Osmanlı Diplomasisinde Batı İmgisinin Değişimi ve Elçilerin Etkisi (18. ve 19. Yüzyıllar)", Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 6, S: 2, s. 58 vd.
- ⁴ **Akyılmaz, Gül** (2000) Osmanlı Diplomasisi Tarihi ve Teşkilatı, 1. Baskı, Konya, Tablet Basım Yayın, s. 132; **İskit**, s. 123.
- ⁵ Bernard Lewis ve Matthew Anderson gibi Osmanlı diplomasisi anlayışının İslam hukukundan mülhem olduğundan bahisle, İslami cihada dayalı dar bir dış politika perspektifini haiz olduğunu iddia edenlerin gözden kaçırdığı nokta, Osmanlı İmparatorluğu'nun İslami niteliğinin sınırları ve özgün koşullarıdır. Dış politikayı biçimlendiren İslam hukukunun uygulanması ve Sultani hukukla olan bağı, diğer İslami monarşilerden farklı olarak daha emperyal niteliktedir. Burada kastedilen, elbette sekülerlik değildir ancak Osmanlı diplomasisi

Osmanlı'dan önceki Müslüman ve Türk devletlerinde daimi elçi uygulamasının olmaması da bir başka neden olabilir⁶.

1. Kendine Yeterlilik İlkesi

Osmanlı Devleti, yüzyıllar boyunca kendine yeterlilik doğrultusunda içe dönük bir politika izlemiş ve diğer ülkelerden sadece elçi kabul etmekle yetinmiştir. Söz konusu bu içe dönüklük, 19. yüzyıl batılılaşma hareketlerine rağmen imparatorluğun çöküşüne kadar sürmüştür, bu anlayış cumhuriyet dönemi diplomasisi üzerinde de etkin olmuştur⁷. Osmanlı Devleti, Avrupa başkentlerinde daimi temsilcilik açmak dâhil olmak üzere karşılıklı diplomasiye dair hiçbir fikre sıcak bakmıyordu. Zira bu dönemde Osmanlı Devleti'nin Avrupa saraylarına daimi temsilci göndermesi imparatorluğun Hristiyan dünyasına üstünlüğünü kabul etmeyen Batı ile düzenli ilişkilere girmesi demektir. O kadar ki, Avusturya'ya karşı 1680'lerin ve 1690'ların büyük yenilgilerine kadar Osmanlılar'ın gözünde Orta Asya ve Batı Siberya Kalmuk ve Uzbek kabilelerinin elçileri Avrupalılardan çok daha önemliydi⁸.

Karşılıklılık kavramının söz konusu olmadığı bu dönemlerde, Avrupa Devletleri'nin İstanbul'da daimi elçi bulundurmaları Osmanlı Devleti'nin büyüklüğünün ve Osmanlı padişahlarına saygının bir işareti sayılır ve yabancı elçiler ülkeleri adına talepte bulunmaya gelen misafirler olarak görülürdü. Nitekim, daimi elçilerin ve önemli bir diplomatik misyonla veya protokol gereği tahta çıkma veya barış akdi için Osmanlı Devleti'ne gelen fevkalade ve orta elçilerin, Osmanlı sınırından içeri girdikleri andan itibaren her türlü yol

anlayışının bir şeriat devleti uygulaması olduğundan da bahsedilemez. Osmanlı diplomasisiyle ilgili bir diğer önyargılı yorumsa, Osmanlı'nın İslami kültürden hareketle, dış politikada savaş anlayışından hareket ettiği ve diplomasiye bir dış politika aracı olarak başvurmaktan kaçındığıdır. Ancak İslami kimliğin Osmanlıların gayrimüslimlerle bir arada olmasını, siyasi ve ticari ilişkiler kurmasını engellediği söylenemez. Hatta kuruluştan itibaren fethedilen gayrimüslim topraklarda *istimalet* (*meylettirme*, *cezbetme*, *gönül alma*) politikası yürütülmüştür. Bkz. **Turan, Namık Sinan** (2018) İmparatorluk ve Diplomasi, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 33-34.

⁶ **Arı, Bülent** (2004) "Early Ottoman Diplomacy: Ad Hoc Period": Yurdusev, Nuri (Editör), Ottoman Diplomacy, 1. Baskı, London, Palgrave Macmillan, s. 43.

⁷ **İskit**, s. 123.

⁸ **İskit**, s. 125.

masrafları, ağırlama ve konaklama giderleri devlet tarafından karşılanırdı. İmparatorluğun yükselişte olduğu dönemlerinde, Topkapı Sarayı'nda yapılan törenlerin en önemlisi ve gösterişlisi yabancı devlet elçilerinin padişah tarafından kabul edilmesi vesilesiyle gerçekleştirilirdi. Bu törenlerin gayesi, imparatorluğun güç ve zenginliğini sergilemektir⁹.

Osmanlı Devleti'nde yabancı elçilere karşı her zaman büyük itibar ve hüsnü kabul gösterilmezdi. İlişkilerin bozulduğu hallerde *aman*¹⁰ ile gelmiş olan yabancı devlet elçisinin misafirlik statüsü iptal edilir hatta hapsedilirdi. Elçi hapsi uygulaması, savaş açılan ülkedeki Osmanlı tüccar ve uyruklarının iadesini sağlamak için de başvurulmuş bir yoldu. Son olarak, 1799'da Mısır sorunu nedeniyle Fransa'ya savaş açıldığında Fransa Maslahatgüzarı Ruffin'in maiyeti ile birlikte Yedikule'ye hapsedilmesinden sonra karşılıklılık ilkesine dayalı diplomasiye geçilen III. Selim döneminde elçi hapsedilmesi uygulaması terk edilmiştir¹¹.

2. Dar'ül Harp - Dar'ül İslam Ayrımı

İslami hukuk prensiplerine göre, Osmanlıların yabancı ülkelerde yaptıkları her türlü anlaşma, şeyhülislamın denetiminden geçerdii. Bu anlaşmalar ve genellikle Müslüman olmayan ülkelerle dış temaslar, İslam hukuku dışında tutulurdu. İslam hukukunun aman esasına göre, yabancı devletlerle süresi on yılı geçmeyecek mütarekeler yapılabilirdi. Ancak, nihai amaç bütün dünyayı İslamiyet'in egemenliği altına almak olduğundan kalıcı anlaşmalar söz konusu değildi. Bunun yanı sıra, Osmanlı Devleti güçlü

⁹ **İskit**, s. 125. Osmanlı Devleti'ne diğer devletler tarafından gönderilen elçilerin padişah tarafından kabulüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1988) Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, s. 289-317; **Akgündüz, Ahmet** (2011) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, s. 1003 ve devamı (vd); **Turan**, s. 195-202; **Yılmaz, Güzin Özen** (2014) Elçiye Zeval Olmaz, 1. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi.

¹⁰ "Emin olmak, güvenmek" anlamındaki Arapça emn kökünden türemiş bir isim olan emân "güven, güvence, güvenlik mânasına gelir. Hukuk terimi olarak İslâm ülkesine (dârü'lislâm) girmek veya İslâm ordusuna teslim olmak isteyen yabancı gayri müslime (harbî) can ve mal güvencesi sağlayan taahhüt veya akdi ifade eder. Bkz. **TDV İslam Ansiklopedisi**, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/eman>>s.e.t. 30.10.2020.

¹¹ **İskit**, s. 126.

dönemlerinde verdiği amanları ancak milletin ve devletin yararına olduğu sürece geçerli saymıştır. Örnek vermek gerekirse, 1570 yılında Venedik’le aman dayanaklı bir barış ahitnamesinin mevcudiyetine rağmen Şeyhülislam Ebussuud Efendi’nin bir fetvasıyla bu anlaşma yok sayılarak Kıbrıs’a sefer düzenlenmiştir¹².

Osmanlı Devleti’nin bu tutumunu Papalığın temsil ettiği Hristiyan Avrupa Dünyası da İslam dünyasına karşı aynı yaklaşımı sürdürmüştür. Haçlı Seferleri ve Viyana Bozgunu’ndan sonra Osmanlı Devleti’ne karşı 1684’te oluşturulan Kutsal İttifak İslamiyet’i hedef alırken, aynı zamanda İslam dünyasını Hugo Grotius’un evrensel ilkelere dayandığını iddia ettiği devletler hukuku dışında tutuyordu. Buna göre, 18. yüzyıldaki iniş döneminde Osmanlı Devleti’nin Avrupa Devletleri ile fiili eşitliği kabul etmesine, 1856 Paris Kongresi’nde de Avrupalı güçlerin bu eşitliği teyit etmesine rağmen belki de Lozan Antlaşması’na kadar Osmanlılar ile Avrupalıların birbirlerine karşı devletler hukukunun temel ilkeleri olan toprak bütünlüğüne saygı, eşitlik ve karşılıklılık ilkelerini tam olarak uyguladıkları söylenemez¹³.

B. KARŞILIKLI DİPLOMASİ DÖNEMİ

Fransız İhtilali’nden sonra uluslararası sistemdeki dengelerin değişmesi, Şark Meselesi kavramının ortaya çıkması, buna bir cevap olarak Osmanlı Devleti’nin denge siyasetine geçmesi Osmanlı Devleti’ni karşılıklı diplomasiye geçmeye sevk etmiştir¹⁴. Avrupa’da Rönesans ve Reform hareketlerinden Fransız İhtilali’ne kadar olan döneme eski rejim¹⁵ denmiştir ve bu rejimin esası

¹² **Kuran, Ercümen** (1968) Avrupa’da Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Kuruluşu ve İlk Elçilerin Siyasi Faaliyetleri, 1. Baskı, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 10-11; **İskit**, s. 124; **Arı**,s. 41.

¹³ **İskit**, s. 124.

¹⁴ **Akyılmaz, Gül** (2019) Siyasi Tarih, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 125-133; **Akyılmaz** (2000), s. 125; **Günce, Şüheda** (2020)“Osmanlı Devleti’nde İlk Daimi Elçilikler ve Diplomasiye Olan Etkileri”, Osmanlı Medeniyeti Araştırmaları Dergisi, C: 6, S: 10, s. 104-106.

¹⁵ Fransız İhtilali öncesi Avrupa’nın tartışılmaz üstünlüğünün söz konusu olduğu döneme verilen isimdir. Bu dönemde karayolları ve kara ticareti önemini kaybetmiş, üstünlük deniz yollarına ve deniz ticaretine geçmiştir. Ayrıca güçlü ve merkezi devletler öne çıkmaya

uluslararası sistem içinde yer alan devletler arasındaki güç dengesine dayanmıştır¹⁶. Ancak Fransız İhtilali'nin getirdiği liberalizm ve nasyonalizm gibi fikir akımları ihtilal savaşlarıyla Avrupa'nın içine yayılarak çok uluslu imparatorlukları tehdit edince artık dış politikada devletlerin bireysel olarak yürüttüğü güç dengesi yerine ittifaklar ön plana çıkmıştır. Bu bağlamda, ihtilalin doğurduğu yeni fikir akımlarını kendileri için büyük bir tehdit olarak gören İngiltere, Avusturya, Prusya ve Rusya gibi devletler Fransa'ya karşı kutsal ittifak oluşturmuşlardır¹⁷.

Böylesine kaygan bir uluslararası zeminde, iki büyük düşmanı olan Rusya ve Avusturya ile savaş halinde olan Osmanlı Devleti'nin sadece kendi gücüne yaslanarak ayakta kalması zorlaşmıştır. Bu durumda, Avrupa'da yeni müttefiklere ihtiyaç hâsıl olmuştur, bunun için de Osmanlı Devleti'nin Avrupa'da vuku bulacak gelişme ve değişimleri izlemesi gerekmektedir. Dolayısıyla, Avrupa siyasetinden dışlanmamak, uluslararası sistemdeki değişimleri takip etmek ve Osmanlı dış politikasını bu etmenlere uygun olarak biçimlendirmek için Avrupa ülkelerinden doğrudan doğruya güvenilir ve tarafsız bilgi edinmek gerekmektedir ve bu da karşılıklı diplomasiye geçmekle mümkün olmuştur¹⁸.

Osmanlı Devleti'nin karşılıklı diplomasiye geçmesinin bir diğer sebebi de Şark Meselesi'dir. Şark Meselesi muhtelif yazarlarca ele alınsa da bu konuda Anderson'un tanımı dikkat çekicidir¹⁹:

Şark Meselesi esas itibariyle büyük güçlerin Osmanlı Devleti'nin parçalanmasından pay alma mücadelesinden ibarettir ve ilk belirgin işaretleri 1768-1774 Osmanlı-Rus Savaşı'nda ortaya çıkmıştır.

başlamıştır. Bkz. **Sander, Oral** (2016) *Siyasi Tarih-İlkçağlardan 1918'e*, 31. Baskı, Ankara, İmge Yayınevi, s. 104.

¹⁶ **Akyılmaz** (2000), s. 127.

¹⁷ **Sander**, 104; **Akyılmaz** (2019), s. 126; **Akyılmaz** (2000), s. 128.

¹⁸ **Akyılmaz** (2000), s. 127-130; **Akyılmaz** (2019), s. 127.

¹⁹ **Anderson, MatthewSmith** (1966) *The Eastern Question 1774-1923*, Newyork, St. Martin Press; (1970) *The Great Powers and the Near East 1774-1923*, London, Edward Arnold.**Aktaran: Akyılmaz** (2000), s. 131-132.

Şark Meselesi, tamamen Osmanlı Devleti'ni ilgilendiren bir mefhumdur ve İmparatorluğun elindeki Balkan toprakları, İstanbul, Boğazlar, Karadeniz ve Mısır meselede belirleyici bir role sahiptir. Şark Meselesi'ni ortaya çıkaransa Osmanlı Devleti'nin çöküş sürecine girmesi olmuştur. Osmanlı'nın parçalanma işaretlerinin belirginleşmesiyle birlikte Avrupalı devletler pastadan en büyük dilimi kapma peşine düşmüşlerdir. Anderson'un Şark Meselesi'ni tanımlarken 1774 yılını zikretmesi ve bu tarihin III. Selim'in padişahlığından kısa bir süre önceye rast gelmesi yeni dış politika tercihlerinde bu tarihin önemini ortaya çıkarmaktadır²⁰. Şark Meselesi'nin Osmanlı Devleti'nin toprak bütünlüğünü ve bağımsızlığını tehdit etmesinden ötürü, bu siyasete tepki olarak kendini koruma içgüdüğü ile denge siyaseti devletin resmi dış politikası haline gelmiştir²¹.

1. İlk Osmanlı İkamet Elçiliğinin Kuruluşu (1793-1797)

İlk Osmanlı ikamet elçiliği her ne kadar Londra'da kurulmuş olsa da bu konuda ilk akla gelen devlet Fransa idi. Gerek Kanuni Sultan Süleyman'ın saltanatından beri siyasi ve ticari ilişkilerde bulunulan Fransa'nın imparatorluğun en sadık dostu olması ve Fransa ile hiç savaşılmamış olmasının, gerek III. Selim'in Fransa'ya karşı duyduğu sempatinin bu fikirde payı vardır. Ancak, Fransız İhtilali'nin şiddetlenmesi neticesinde Avrupa devletlerinin Fransa'ya karşı mücadeleye girişmeleri Babıali'yi bu fikirden vazgeçirdi. Zira Paris'e ikamet elçisi gönderilirse Fransa'ya karşı ittifak halinde olan diğer devletlerin bu duruma tepki göstereceği düşünülüyordu²².

Osmanlı Devleti ilk ikamet elçisini Londra'ya gönderme noktasında karar alınca Reis'ül Küttab Mehmet Raşit Efendi, Osmanlı Devleti'nin bu arzusunu İngiltere elçisi Lord Ainslie'ye elçilik tercümanı vasıtasıyla 1793 Temmuzunda başlarında haber verir ve elçi gönderiminin ne şekilde olacağı hakkında da bilgi almak istediğini iletir. Lord Ainslie ise Londra'ya elçi

²⁰ Akylmaz (2000), s. 132; Akylmaz (2019), s. 129.

²¹ Akylmaz (2000), s. 130; Akylmaz, (2019), s. 128.

²² Ahmet Cevdet Paşa (2016) Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, İstanbul, İlgi Kültür Sanat Yayınları, s. 373; Kuran, s. 13.

gönderileceğinin İngiltere hükümetine yazılı olarak bildirilmesi gerektiğini ve cevap alındıktan sonra Osmanlı elçisinin yola çıkarılmasını tavsiye etti²³.

Daha sonra, İstanbul Bebek'te Mehmet Raşit Efendi ile İngiltere elçisi Lord Ainslie'nin yaptığı elçi göndermeye dair detayların konuşulduğu mülakatta, ikamet elçiliklerinin faydasından bahsederken Reis'ül Küttab Mehmet Raşit Efendi padişahın bu zamana ikamet elçisi buldurulmamasını *vakt-i merhunun* gelmemiş olmasıyla izah etti. Bu sohbetle elçi göndermenin usulü kaideleri konuşulurken elçiden önce gönderilecek mektubun kimden kime yazılması gerektiği üzerinde durulmuş ve Lord Ainslie ise mektubun İngiltere hariciye nazırına yazılması gerektiğini dile getirmiştir. Nihayetinde mektubun sadrazam tarafından yazılması noktasında karar kılındı. Sohbetin devamında ilk Osmanlı ikamet elçisinin hangi derecede gönderileceği ele alındı. Lord Ainslie, Osmanlı elçisinin Londra'da Rus ve Avusturyalı meslektaşlarına takaddüm etmesi için *büyükelçi* derecesinde olmasını gerekli bulmuş fakat büyükelçiliğin masraflı olacağını hatırlatarak fevkalade *ortaelçilik* ile *büyükelçilik* arasında ihdas olunmasını önermiştir. Ancak Kalyonlar eski kâtibi Yusuf Âgâh Efendi Londra'ya büyükelçi rütbesinde Padişah tarafından nasbolunmuştur²⁴.

2. Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Gelişme Evresi (1797-1802)

Osmanlı ikamet elçiliklerinin gelişme evresinde, Seyyid Ali Efendi'nin Paris büyükelçisi, İsmail Ferruh Efendi'nin Londra büyükelçisi, Ali Aziz Efendi'nin Berlin büyükelçisi ve İbrahim Afif Efendi'nin Viyana büyükelçisi olduğunu görmekteyiz²⁵. Gelişme evresinde dikkat edildiği üzere Rusya'ya elçi tayini yapılmamıştır, bunun sebebi Babıali'nin Rusya'yı dost devlet olarak

²³ Kuran, s. 14; Naff, Thomas (1963) "Reform and the Conduct of Ottoman Diplomacy in the Reign of Selim III, 1789-1807", Journal of the American Oriental Society, C: 83, S: 3, s. 303.

²⁴ Kuran, s. 14-15; TDV İslam Ansiklopedisi, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/elci>>s.e.t. 30.10.2020.

²⁵ Kuran, s. 23-46.

görmemesidir. Yeni Osmanlı ikamet elçileri, Babıali'de hilat giydikten sonra hemen hemen aynı zamanda İstanbul'dan ayrılmışlardır²⁶.

İmparatorluğun mevcudiyetinin korunmasında ve girişilen Nizam-ı Cedid hareketinde, yeni ikamet elçiliklerinin gösterecekleri faaliyetten Padişah III. Selim'in çok şeyler beklediği muhakkaktır. Osmanlı devlet hazinesine ağır bir yük teşkil eden bu teşebbüs başka türlü izah olunamaz²⁷. Gelişme evresindeki ikamet elçilerinin ise padişahın bu beklentisini karşılayamadığını görüyoruz. Seyyid Ali Efendi, iyi niyet sahibi olmakla beraber, bir diplomatta aranan vasıfları haiz bulunmuyordu. Mısır seferinin hazırlanışı ve icrası boyunca Seyyid Ali Efendi'nin Talleyrand tarafından aldatılması onun seziş kabiliyetinin zayıf olduğunu gösterir. Yine, baştercüman Codrika'nın ikiyüzlülüğünü fark edemeyişi²⁸ de bu müşahadeyi destekler. Seyyid Ali Efendi, elçilik vazifesinde ve daha sonra barış müzakerelerinde başarı sağlayamamıştır. Bu durumda, onun siyasi tecrübesizliği ve karşısında Talleyrand gibi en mahir diplomatlardan birinin bulunması da Seyyid Ali Efendi için bir talihsizliktir²⁹.

İsmail Ferruh Efendi'nin elçiliği de Seyyid Ali Efendi gibi siyasi bakımdan başarılı değildir. Bununla beraber, Osmanlı Devleti'nin İngiltere'ye gönderdiği ikinci ikamet elçisi vazifesini titizlikle yapmaya gayret göstermiş ve çalışmalarında bir kusuru görülmemiştir. İsmail Ferruh Efendi'nin münasebette bulunduğu İngiliz devlet adamlarına kendini sevdirdiği anlaşılıyor. Ancak, İngiltere'de üç yıldan fazla kalmak istemeyişi, onun diplomasi mesleğinden hoşlanmadığını göstermektedir. Memlekete dönüşünden sonra da İsmail Ferruh Efendi siyasi işlerle pek meşgul olmamış, hayatının son yıllarını ilim ve edebiyat çalışmalarıyla geçirmiştir³⁰.

²⁶ **Kuran**, s. 23. İkamet elçilerinin hilat giyme de dahil gönderilme merasimlerine ilişkin kayıtlarda *Taraf-ı Devlet-i Aliyye'den Düvel-i Saire'ye Elçi Ba's ve İrsal Buyruldukda İktiza Eden Resm* bulunmaktadır. Bkz. **Akgündüz**, s. 1031.

²⁷ **Kuran**, s. 25.

²⁸ Seyyid Ali Efendi'nin Paris elçiliği sırasında sefaret tercümanı olan Osmanlı Rumlarından Codrika, Fransa hesabına çalışmış, Babıali ile Ali Efendi arasında gidip gelen tüm yazıların kopyalarını Başbakan Talleyrand'a vermiştir. Bkz. **Topçuoğlu**, s. 139.

²⁹ **Kuran**, s. 35.

³⁰ **Kuran**, s. 41.

Berlin büyükelçisi Ali Aziz Efendi'nin ise Berlin'de ne gibi siyasi faaliyetlerle uğraştığı bilinmemektedir. Yalnız, Bonaparte'ın Mısır seferi dolayısıyla Osmanlı Devleti'nin yayımladığı beyannameyi elçinin 11 Ekim 1798'de Prusya hükümetine verdiği malumdur. Fransa ile dost geçinmeye çalışan Prusya bu beyannameyi oldukça soğuk karşılamıştır. Bundan başka, Ali Aziz Efendi'nin gazete havadislerini Babıali'ye yolladığı görülmektedir. Osmanlı elçisi İslam felsefesi konusunda geniş bilgi sahibidir. Bu itibarla, Berlin'de Alman şarkiyatçısı Friedrich von Diez ile münasebet kurmuş ve onunla ilmi muhaberede bulunmuştur. Lakin Ali Aziz Efendi 29 Ekim 1798'de aniden ölmüştür. Osmanlı elçisi, üç yıl vazife görmek üzere geldiği Prusya'da ikamet müddetinin yarısını bile dolduramamıştır. Ali Aziz Efendi'nin ölüm haberi İstanbul'a ulaşınca, Babıali onun yerine aynı sıfatla bir temsilci yollamayı kararlaştırdı. Prusya hükümetinin Berlin'e yeni bir elçi gönderilmesini arzu etmemesi üzerine de Kethuda kâtabi halifelerinden Esad Efendi maslahatgüzarlıkla tayin olundu³¹.

Son olarak, İbrahim Afif Efendi, iyi bir diplomat sayılamasa da vazifesine düşkün bir devlet memuru intibasını vermektedir. Avusturya'nın Avrupa'nın ortasında bulunuşu İbrahim Afif Efendi'ye özel bir külfet yükliyordu. Babıali Paris, Londra ve Berlin'deki elçilere göndereceği tahriratları İbrahim Afif Efendi'ye yolluyor o da bunları mahalline sevk ediyordu. İbrahim Afif Efendi'nin ilk faaliyeti, Bonaparte'ın Avusturya ile 17 Ekim 1797'de akdettiği Campo-Formio Barış Antlaşması'nı Babıali'ye bildirmesi olmuştur. Bununla beraber, en önemli siyasi çalışması 23 Aralık 1798 tarihli Osmanlı-Rus ittifak antlaşmasına Avusturya'nın katılmasını sağlamak maksadıyla giriştiği teşebbüslerdir. Viyana'da üç yıllık ikamet süresini 1800 Eylül'ünde dolduran İbrahim Afif Efendi Babıali'den yurda dönüş izni aldı ve yerine tercümanı Dibalto'yu maslahatgüzar sıfatıyla bırakarak 1800 yılı sonlarında Avusturya'dan ayrıldı³².

³¹ Kuran, s. 43.

³² Kuran, s. 43-46.

3. Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Gerileme Evresi (1802-1811)

İkamet elçiliklerinin gerileme döneminde, Mehmet Said Halet Efendi ve Abdurrahim Muhib Efendi'nin³³ Paris büyükelçiliği söz konusudur. Londra, Viyana ve Berlin elçilikleri ise maslahatgüzarlıklarla idare olunmuştur. Bu kararın arkasında, III. Selim'in ikamet elçiliklerinden beklediği faydaları sağlayamamasıdır. Ona göre, büyükelçiliklerin gerektirdiği masraflar hazineye fazla yük teşkil ediyordu. Ancak, III. Selim büyükelçiliklerin birdenbire kaldırılmasını uygun görmüyordu. Bu düşünce ile Padişah, ikamet elçiliklerine Fenerli Rum beyzadelerinin gönderilmesini ferman buyurdu. Sadaret kaymakamı Abdullah Paşa ise halen Avrupa'da bulunan Osmanlı ikamet elçilerinin maiyetindeki Rum tercümanlarından liyakatli olan şimdilik maslahatgüzar sıfatıyla tayin olunmasını Padişah'a arz etti. Böylece, Londra, Viyana ve Berlin elçilikleri maslahatgüzarlık seviyesine çekildi. Fransa'nın dönemin en güçlü kara devleti olması hasebiyle büyükelçilik seviyesinde elçi bulundurulmaya devam edildi³⁴.

4. Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Muvakkaten Kaldırılması

Osmanlı Devleti, 1821 yılına kadar Avrupa devletleri nezdinde maslahatgüzarlar buldurmaya devam etti. Ancak, Yunan İsyanı'nın başlaması ve Rum maslahatgüzarların casusluk faaliyetinde bulunduğu anlaşıldığı üzerine Sultan II. Mahmut onların hepsini birden azletti³⁵. Sonuç olarak Osmanlı ikamet elçilikleri kaldırılmıştır. İkamet elçilerinin beklenen başarıya sağlayamamasının sebebi, seçilen elçilerin siyasi tecrübelerinin olmamasıdır. Bu şahıslar daha önce siyasi işlerle uğraşmamışlar, maliye sahasında çalışmışlardır. Yine, seçilen elçilerin yabancı dil bilmemeleri onları Rum tercümanların yardımına mahkûm bırakıyordu. Rum tercümanlar ise casusluk faaliyetlerinde bulunarak en gizli sırları yabancı devletlerin hariciye

³³ Abdurrahim Muhib Efendi'nin sefaretnamesi için bkz. **Bareilles, Bertrand**(1920) *Un Turc a Paris, 1806-1811: relation de voyage et de mission de Mouhibeffendi*, ABD, Bossard Publisher (Çeviren: Birsal Uzma (2018) *Paris'te Bir Türk: Abdurrahim Muhib Efendi*, 1. Baskı, İstanbul, Kırmızı Kedi Kitabevi).

³⁴ **Kuran**, s. 47-48.

³⁵ **Kılıç, Musa** (2019) "İlk İkamet Elçilerinin Halefleri Rum Maslahatgüzarlar (1800-1821)", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C: 38, S: 65, s. 251.

nazırlıklarına iletiyor ve böylece Osmanlı elçilerinin siyasi teşebbüslerde bulunma imkânı ortadan kalkıyordu. Tüm bu sebeplerle, Osmanlı ikamet elçilikleri 1834'te II. Mahmut tarafından yeniden tesis edilinceye dek azledilmiş durumda kalmıştır³⁶.

5. Avrupa Diplomatik Sisteminin Benimsenme Gayretleri

Osmanlı Devleti'nin diplomasi alanında sonraki en önemli adımlarının II. Mahmut zamanında atıldığını söylemek yanlış olmaz. Bu bağlamda, 1821'de Babıali'de Reisülküttaplığa bağlı Tercüme Odası'nın kurulması önemli bir gelişmedir. Divan-ı Hümayun tercümanlarının Fener Rumlarından seçilmesi uygulamasına da son verilmiş olup ya İslam'ı kabul etmiş kişilerden ya da güven duyulan Ermeniler arasından seçilmeye başlanmıştır. Böylece dış ilişkilerde dil bilen memur sıkıntısı büyük bir oranda giderilmiştir³⁷.

1821-1829 Yunan İsyanı ve Yunanistan'ın bağımsızlığını kazanması, 1821'de Mısır valisi Mehmet Ali Paşa'nın isyanı ve akabinde büyük tavizlerle imzalanan 1833 Hünkar İskelesi Antlaşması ve 1830'da Fransa'nın Cezayir'i işgali gibi olayların sebep olduğu çalkantılı dönem etkin bir diplomasiye duyulan ihtiyacı arttırmış ve daimi elçiliklerin açılması tekrar gündeme gelmiştir. Bu doğrultuda II. Mahmut, 1832 yılında Londra ve Viyana'ya yeniden büyükelçiler göndermiştir. Bu elçilikleri 1837'de Berlin, 1840'da Atina, 1849'da Tahran, 1854'te Brüksel ve Lahey, Petersburg, 1867'de Washington, 1878'te Bükreş, 1879'da Belgrad, 1898'de Stockholm, 1909'da Sofya ve 1917'de Kopenhag izlemiştir³⁸.

Bu gelişmelerle irtibatlı olarak, II. Mahmut, III. Selim zamanında önemi artarak dış ilişkiler konusunda uzmanlaşan Reisülküttaplığın yerine 11 Mart 1836'da bir hatt-ı hümayunla hariciye nezareti kurulmuştur. Bu kararla, 1832 yılından beri Reisülküttaplık makamında bulunan Mehmet Akif Efendi *hariciye nazırı* unvanı alan ilk kişidir. Mehmet Akif Efendi Miyop Çörçil olayı nedeniyle azledilir, yerine gelen Hulusi Paşa da vefat eder. Nihayetinde, 1839 Tanzimat Fermanı'nın düzenleyicisi, itici gücü ve Osmanlı Devleti'nin Batılılaşma

³⁶ Kuran, s. 64-65.

³⁷ İskit, s. 136; Akyılmaz (2000), s. 154-158; Elçi, s. 35-36.

³⁸ İskit, s. 136; Akyılmaz (2000), s. 159.

hareketinin öncülerinden olan eski Paris ve Londra büyükelçisi Mustafa Reşit Paşa hariciye nazırı olur. II. Mahmut'un gözbebeği olan bu genç ve yetenekli devlet adamı Osmanlı diplomasisini 1848 yılında sadrazam olana kadar idare etmiş ve çağdaş hale getirmiştir³⁹.

1836 yılında Hariciye Nezareti'nin kurulması ve 1839'da Tanzimat Fermanı'nın ilanını Osmanlı diplomasi anlayışı üzerinde bazı değişikliklere yol açmıştır. Tanzimat'a kadar Osmanlı Devleti'nin önceden belirlenmiş ve uzun vadeli bir dış politikası yoktur. Tanzimat döneminde ise diplomatik faaliyetlerin temel ilkeleri önceden ülke çıkarları düşünülerek tasarlanmaya başlamıştır. Bu dönemde Osmanlı diplomasiyi biçimlendiren yedi temel ilke vardır⁴⁰:

- 1) Osmanlı devletinin toprak bütünlüğünün ve bağımsızlığının korunması,
- 2) Osmanlı Devleti her ne kadar İslami temele dayanan bir devlet olsa da imparatorlukta yaşayan insanların dini ne olursa olsun eşit statüde olduğunun kabul edilmesi,
- 3) Osmanlı Devleti'nin Avrupa uyumuna dâhil meşru bir Avrupalı güç olduğunu kabul ettirmektir,
- 4) Mevcut meşru rejimlerin desteklenmesini sağlamak ve milliyetçilik ya da self determinasyon ilkesinin bu meşru rejimleri yıkmasını önlemek,
- 5) Bütün hükümetlerin uluslararası hukuk kurallarını tanımalarını sağlamak,
- 6) Uluslararası antlaşmalara mutlak surette uyulması,
- 7) Devletlerin içişlerine karışmamak.

Yukarıdaki ilkelere birincisi yeni olmasa da diğer altı ilke Tanzimat dönemi boyunca geliştirilmiştir.

³⁹ İskit, s. 136-137; Akyılmaz (2000), s. 167.

⁴⁰ Akyılmaz (2000), s. 170-174.

II. DİPLOMASİ TEMSİLCİLERİNİN SINIFLARI

A. ÖNGELME MESELESİ

Devletlerin nazari bakımdan egemenliği ve eşitliği prensibine rağmen, fiili bakımdan aralarındaki eşitsizlik ve tarihi bakımdan hükümdarlarının üstünlük iddiaları, 17. ve 18. yüzyıllarda diplomasi temsilcilerinin teşrifat usullerinde bilhassa öngelme (takaddüm) meselelerinde büyük anlaşmazlıkların doğmasına yol açmıştır. Hükümdarlar, temsilcilerine gösterilecek itibarı kendilerine karşı yapılmış bir muamele saymakta ve bu yüzden de hiçbir temsilcisinin diğer temsilcilerden geri veya aşağı bırakılmasına razı olmamaktaydılar⁴¹. Bu konuyla ilgili olarak, Osmanlı Devleti'nin kapitülasyonlarına ve akdettiği bazı anlaşmalara devlet temsilcilerine ne unvan verileceği hakkında özel hükümler dahi konulmuştur. Örneğin Fransa ile akdedilmiş olan 1740 Kapitülasyonu'nda şu şekilde ibareler geçmektedir⁴²:

...Astane-i Saadet Aşyanımızda mukim olan Françe elçileri divan-ı bülent eyvanımıza geldiklerinde vüzera-yı izam ve müşiran-ı zevilhtiramımıza vardıklarında İspanya ve sair kralların elçilerinin üzerlerine kadimden olageldiği üzere takaddüm ve tasaddureyliyeler...

Yine, öngelme meselesi ile ilgili 1774 KüçükKaynarca Antlaşması'nın beşinci maddesinde şu ifadeler zikredilmiştir⁴³:

...Rusya Devleti canibinden paye-i seniye yani anvoyat tabir olunan orta elçisi veyahut murahhas elçisi lakabı (nasbı) ile Devlet-i Aliyemizde

⁴¹ Öngelme meselesinin devletler için ne derece önemi haiz olduğunu belirtmek adına şu örnek yerinde olacaktır: 1699'da Osmanlı Devleti ile Avusturya, Venedik, Rusya ve Polonya arasında sulh akdedilmek için Karlofça'da toplanacak delegelerin toplantıda nasıl oturacakları meselesi şu şekilde halledilmiştir: Yuvarlak bir köşk inşa edilmiş ve ne kadar delege heyeti varsa köşkün etrafına o kadar kapı açılmış; delegelerden her biri kendisine ayrılan kapıdan aynı zamanda girmiş ve ortaya konulmuş yuvarlak masanın girdiği kapının önüne isabet eden tarafına konulmuş sandalyeye oturmuş ve bu suretle hiçkimse hiçkimseye takaddüm etmemiştir. Bkz. **Bilsel, Cemil** (1934) Devletlerarası Münasebat, İstanbul, s. 4-23.

⁴² **Meray, Seha** (1959) Devletler Hukukuna Giriş, C: 2, Ankara, Ajans Türk Matbaası, s. 14.

⁴³ **Meray**, s. 15.

aleddevam bir Rusya elçisi ikamet idüp ziyade muteber olan düvelin elçileri hakkında ifa olunan merasim-i itibar ve riayet mumaileyh Rusya elçisinin amme vukuunda Alman imparatorunun elçisi paye-i müteşabihede ise mumaileyh Rusya ilçesi derakab işbu Alman elçisini takip eyliye Alman elçisi paye-i refia veya sagirede olduğu takdirde derakab Nederland büyükelçisi bulunmaz ise Venedik büyük elçisinden sonra takip eyleye...

B. DİPLOMASİ TEMSİLCİLERİNİN SINIFLANDIRILMASI

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerde yabancı devletlere gönderdiği elçilerin sınıf ve derecelere ayrıldığı hakkında açık bir malumata rastlanmamaktadır. Ancak 16. yüzyıldan itibaren ifa ile mükellef buldukları hizmetin nevine veya nezdinde gönderildikleri devletin önemine göre *büyükelçi* veya *ortaelçi* olmak üzere ikiye ayrıldıkları ve nispeten basit bir memuriyetle veya münhasıran bir mektup götürmek vazifesiyle götürülenlere de *nameres*⁴⁴ denildiği bilinmektedir. Bazen daha tali hizmetler için de zaman zaman çavuş adı altında harice memurlar gönderilmişse de çavuşların temsil kabiliyeti bulunmamaktadır⁴⁵. III. Selim dönemine kadar (1789-1807) bu şekilde hareket edilmiştir⁴⁶.

III. Selim döneminde Londra'ya ilk ikamet elçisi olarak atanan Yusuf Âgâh Efendi, Paris'e atanan ikamet elçisi Seyyid Ali Efendi, Berlin'e atanan ikamet elçisi Ali Aziz Efendi ve Viyana'ya atanan ikamet elçisi İbrahim Atıf Efendi büyükelçi rütbesiyle ihdas olunmuştur⁴⁷. Zikredilen bu ikamet elçileri Avrupa'ya üç yıl kalmak üzere gönderilmişti ve müddetleri dolunca Paris dışındaki yerlerde elçilik maslahatgüzarlık seviyesine indirildi. Zira III. Selim büyükelçiliklerden beklediği faydayı sağlayamamıştı ve büyükelçiliklerin getirdiği masraflara daha fazla katlanmaya gerek yoktu. Paris'e bir çekince konulmasının sebebi ise 1802 yılında Fransa ile barış sağlanıncaya dek harp

⁴⁴ Name ulaştırın, mektup ulaştırın. Bkz. **Devellioğlu**, s. 963.

⁴⁵ **Unat**, s. 19.

⁴⁶ **Topçuoğlu, Ali Aslan** (2017) İslam Hukukunda Diplomatik Temsil, 1. Baskı, Fecr Yayınevi, Ankara, s. 105.

⁴⁷ **Kuran**, s. 23-46.

hali devam ettiğinden oraya elçi tayinine lüzum görülmemiştir. 1802'de barış sağlandıktan sonra ise Fransa'nın devrin en kudretli kara devleti olması nedeniyle Mehmet Sait Halet Efendi ve akabinde Abdurrahim Muhib Efendi büyükelçi sıfatıyla Paris'e ikamet elçisi olarak gönderilmiştir⁴⁸.

Osmanlı Devleti 1821 yılına kadar Avrupa devletleri nezdinde maslahatgüzarlar buldurmaya devam etmiştir. Ancak Yunan İsyanı başlayınca Rum maslahatgüzarların Babıali'ye kasten yanlış haberler gönderdiklerinin farkına varılması üzerine II. Mahmut onların hepsini birden azletmiştir ve böylece ikamet elçilikleri muvakkaten kaldırılmıştır. II. Mahmut, 1834'te ikamet elçiliklerini yeniden kurmuş ve bu tarihten sonra Osmanlı Devleti Paris, Londra, Viyana, Berlin, Petersburg ve Tahran'da büyükelçi, fevkalade büyükelçi, ortaelçi veya maslahatgüzar sıfatını taşıyan kişilerle kendisini temsil ettirmiştir⁴⁹. 1834 yılından sonraki bu sistem modern uluslararası hukukla uyumludur. Modern uluslararası hukuktaki 1961 Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin esasını oluşturan Osmanlı Devleti döneminde diplomasi temsilcilerinin sınıflarını ve teşrifat usullerini belirleyen iki önemli belge bulunmaktadır: Viyana Nizamnamesi (1815) ve Aix-la-Chapelle Protokolü (1818). Bu iki belgede diplomasi temsilcileri dört sınıfa ayrılmıştır: Büyükelçi, ortaelçi, mukim elçi ve maslahatgüzar. Büyükelçi, ortaelçi ve mukim elçi devlet başkanından devlet başkanına, maslahatgüzar ise dışişleri bakanından dışişleri bakanına gönderilen diplomasi temsilcisidir⁵⁰. Görüldüğü üzere, Osmanlı'nın 1834'ten sonra benimsediği sistem modern uluslararası hukukun esasıyla büyük benzerlik göstermektedir.

⁴⁸ Kuran, s. 47-63.

⁴⁹ Kuran, s. 64-65; Topçuoğlu, s. 106.

⁵⁰ Meray, s. 16.

III. TEMSİL GÖREVİNİN BAŞLAMASI

A. DİPLOMATİK TEMSİLCİNİN GÖREVLENDİRİLME NEDENLERİ

Osmanlı Devleti muhtelif tarihlerde şu hususlar için yabancı devletlere elçi yollamıştır⁵¹:

- 1) Bazı Osmanlı padişahları cüluslarını tebliğ adına yazdıkları namerlerle muhtelif devletlere elçi göndermişlerdir. III. Osman'ın tahta çıkışını bildirmek için Lehistan'a gönderilen Zıştovili Ali Ağa buna örnektir.
- 2) 1665'te Vaşvar'da akdedilen antlaşmanın tasdikli metnini tevdi için Avusturya'ya Kapu Kethüdası Yusuf Ağa gönderilmiştir.
- 3) Vaşvar Antlaşması'nın akdinden sonra Kara Mehmet Paşa ve Pasarofça Antlaşması'ndan sonra İbrahim Paşa dostluk münasebetlerini yeniden tesis için Viyana'ya yollanmışlardır.
- 4) 1618'de Hüseyin Çavuş adında biri, İstanbul'da hakaret görmüş Fransız elçisi için tarziye vermek ve II. Osman'ın tahta çıktığını haber vermek adına Paris'e gönderilmiştir.
- 5) 1656'da Kapı Kethüdası İsmail Ağa, İran şahının mektubuna padişah tarafından yazılan cevabı ve Padişah IV. Mehmet'in hediyelerini götürmek üzere İran'a gönderilmiştir.
- 6) 1669'da Müteferrika Süleyman Ağa, XIV. Louis'in yolladığı elçiye mukabil Fransa'ya ve 1697'de Defter Emni Mehmet Bey de İran elçisi Rüstem Han'ın sefaretine mukabil II. Mustafa tarafından İran'a yollanmıştır.
- 7) 1687'de Zülfikar Paşa, III. Süleyman'ın cülusunu tebliğ etmek ve Viyana bozgunuyla başlayan harbi sulhle neticelendirmek teklif edildiği takdirde müzakereye girişmek amacıyla Viyana'ya gönderilmiştir.

⁵¹ Unat, s. 17-19; Topçuoğlu, s. 106-107.

- 8) 1720'de Yirmi Sekiz Mehmet Çelebi⁵², Fransa'ya iki devlet arasındaki münasebetleri güçlendirmek için gönderilmiştir ve buradaki bir vazifesi de Fransa'nın fen ve ilimdeki ilerlemesini müşahade etmektir. Yine 1732'de Yirmi Sekiz Mehmet Çelebi, Rusya ile İsveç arasında akdolunacağı duyulan ittifakın hakikatini yerinden anlamak için İsveç'e gönderilmiştir.
- 9) 1721'de İran'a Ahmet Dürri Efendi, Safevi Şahı Hüseyin nezdine bir nezaket ziyareti yaparak dostluğu teyit maksadıyla gönderilmiştir.
- 10) 1722'de Kapucubaşı Nişli Mehmet Ağa, Türkiye-Rusya arasında ihtilafli sınır meselelerini görüşmek ve iki devlet arasında bir ittifak imkânını anlamak üzere gönderilmiştir.
- 11) 1727'de Kozbekçisi Mustafa Ağa, Demirbaş Charles'ın Türkiye'ye ilticası sırasında kendisine ikraz edilmiş olan devlet alacağını istemek ve tediye şartlarını kararlaştırmak üzere İsveç'e gönderilmiştir.
- 12) 1763'te Ahmet Resmi Efendi, Berlin'e Prusya Kralı Büyük Fredrick'in istemesi üzerine yani yabancı devletin talebi üzerine gönderilmiştir.

İşte, bu sebeplerden biri veya birkaçı sebebiyle Osmanlı Devleti yabancı devletlere elçi göndermiştir.

B. DİPLOMATİK TEMSİLCİNİN SEÇİMİ

Osmanlı Devleti'nde elçi olarak gönderilecek kişilerin belirli bir sınıftan değil, muhtelif mesleklerden mevki ve şöhret sahibi kimseler olabildiği görülmektedir. Bunun dışında, elçilerin çok defa yabancı dil bilen zatlardan seçtikleri ve hiç olmazsa Tarihçi Raşit'in deyimiyle *tertib-i muhaverat*⁵³ ve

⁵² 28 Mehmet Çelebi'nin sefaretnamesi için bkz. **Rado, Şevket** (2019) Paris'te Bir Osmanlı Sefiri: 28 Mehmet Çelebi'nin Fransa Seyahatnamesi, 10. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları.

⁵³ **Tertib-iMuhaverat**: Karşılıklı görüşme ve konuşmaları iyi beceren kişi. Bkz. **Devellioğlu, Ferit** (1993) Osmanlı-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 2. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi, s. 670.

*desais-i nasaraya*⁵⁴ *ittıla hasıl etmiş bir kardan-ı dakikaşinas*⁵⁵ olma şartı aranmıştır. Hatta lisan bilme meselesi nedeniyle 16. yüzyılda çok defa aslen Alman veya Leh olan bir kısım zatların Osmanlı Devleti'ni temsil etmesi söz konusu olmuştur. Osmanlı Devleti'nde uzun zaman meslekten yetişmiş dış siyaset adamlarının görülmemesine bu seçim şekil ve usulünün etkisi bulunmaktadır. Ancak 18. yüzyıldan sonra, bazı elçilerin Reisülküttaplık yapmış veya bu hizmete ehliyetli kimseler arasından seçilmesi dikkate değerdir⁵⁶. Ayrıca bu dönemde ilmiye sınıfı mensuplarının da yeri ve ülkesine göre sık sık elçi olarak görevlendirildikleri olmuştur. Özellikle İran, Özbekistan ve Fas gibi Müslüman ülkelere ilmiye mensupları gönderilmiştir. Bu ülkelere giden elçilerin, çok çeşitli dini sorulara muhatap olmaları bunun başlıca sebebi olabilir ve bu gelenek 19. yüzyılda da devam etmiştir⁵⁷.

Bir diplomatik temsilcinin seçiminde dikkat edilmesi gereken noktalarla ilgili son dönem Osmanlı elçisi Salih Münir Paşa'nın tespitleri de göze çarpmaktadır. Salih Münir Paşa, diplomatlığın dost ve düşmanı tanıyabilme, ülkenin hayır ve selameti için hangi devletlerle ittifak kurulacağını, rakiplerinin nasıl alt edileceğini tespit edebilme ve bu konularda gerekli tedbirleri alabilme mahareti olduğunu ifade eder. Yine, iyi bir diplomatın zeki, sır saklayabilen, öngörülü, kişilikli olduğu gibi tarihi, askeri, mali ve sosyal konularda birikimli ve iyi yetişmiş olması gerektiği dikkat çektiği bir diğer noktadır⁵⁸.

Diplomatik anlayış ve faaliyetlerin günümüzdeki mahiyeti itibarıyla gelişmediği önceki dönemlerde diplomatik temsilcilerde aranan şartların bir kişide bulunmasının mümkün olmadığı durumlarda her biri kendi alanında yetenekli ve kabiliyetli kişilerden oluşan diplomatik heyetin gönderilmesi söz konusu olmuştur. Bu konudaki diplomatik eğilim, diplomatik misyon kadrosunun genişliğinin gönderen devletçe belirlenmesidir. Ancak kabul eden

⁵⁴ **Desais-i nasara:** Hristiyanların hilelerini iyi bilen kişi. Bkz. **Devellioğlu**, s. 178.

⁵⁵ **Kardan-ı dakikaşinas:** Anlaşılması zor olan şeyleri fark edip tanıyan, iş bilen ve iş anlayan kişi. Bkz. **Devellioğlu**, s. 162, 490.

⁵⁶ **Unat**, s. 23-24.

⁵⁷ **Topçuoğlu**, s. 120.

⁵⁸ **Salih Münir Paşa** (2018) (Hazırlayan: Ahmet Dönmez, Refika Kart) *Diplomasi Malumat-ı Esasiye*, 1. Baskı, Konya, Palet Yayınları, s. 18.

devlet, bu kadronun makul ve normal sınırlar içinde tutulmasını isteyebilir⁵⁹. Osmanlı Devleti'nde ise 1791 yılında ikamet elçilikleri kuruluncaya kadar sınıfı ne olursa olsun elçilerin kalabalık bir maiyetle vazifelerini ifaya gittikleri ve özellikle büyükelçilerin bir beylerbeyinin, Paşa Kapısı halkını tam kadrosuyla beraberlerinde götürdükleri görülmektedir. Bazı elçilik heyetlerine *müsteşar-ı sefaret* veya *tahrir-i vakayi-e memur* gibi unvanlarla memurlar ilave edilmiştir. Bu memurlar, elçi olarak tayin edilen zatın eksik yönlerini tamamlayacak biçimdeki insanlardan seçildikleri görülmektedir⁶⁰.

Osmanlı Devleti'nde elçi seçiminde cinsiyet meselesine gelince, kadın elçiye rastlanmamaktadır. Aslında dünyaya bakıldığında da kadınların diplomasi temsilciliği ve diplomasi memurluğu sahasında erkeklerle eşit bir statü elde etmesinin bilhassa I. Dünya Savaşı sonrasına denk geldiği görülmektedir. Örneğin, Sovyet hükümeti I. Dünya Savaşı'ndan sonra Madam Kollontay'ı sırasıyla Meksika, Norveç ve İsveç'e, ABD başkanı Roosevelt ise Mrs. Ruth Bryan Owen'ı 1935'te Danimarka'ya elçi olarak göndermiştir⁶¹.

C. MUVAFAKAT ALINMASI

Bir devletin diplomasi temsilcisini dilediği gibi seçme serbestliği, böylece seçilmiş bir kimsenin derhal bir diğer devlet nezdine diplomasi temsilcisi olarak gönderilmesi imkânını ifade etmez. Bir devlet kendi diplomasi temsilcisini serbestçe seçme hakkını haiz olduğu gibi diğer devletler de kendilerine gönderilecek diplomasi temsilcilerini kabul veya reddetme hakkını haizdirler. Kendisine bir diplomasi temsilcisi gönderilecek Devlet, bu şahsı siyasi, dini veya şahsi sebeplerle istemeyebilir⁶².

Devletler arasında nahoş hadiseleri önlemek adına, yeni bir diplomasi temsilcisi tayin edilmeden önce muvafakat alma (*istimzaç*) usulüne başvurulur. Temsilciyi tayin edecek devlet, nezdine temsilcinin tayin edileceği devletten gönderilecek şahsı kabul etmesi hususunda muvafakatini ister. Bu devlet,

⁵⁹ Topçuoğlu, s. 121-122.

⁶⁰ Unat, s. 37; Topçuoğlu, s. 127.

⁶¹ Meray, s. 18-19.

⁶² Meray, 19.

muvafakat verirse tayin edilecek kimse muteber bir şahıs (*personagrata*) sayılmış olur ve bu şahıs diplomasi temsilcisi olarak gönderilebilir. Bu şahsın istenmediği (*personanongrata*) bildirilmişse, bu şahıs diplomasi temsilcisi olarak gönderilemez. Muvafakat istenmesi yarı resmi şekilde veya diplomasi yoluyla yapılır. Devlet, gönderilen kimseyi *personanongrata* saymakta ise, bunun sebeplerini bildirmek mecburiyetinde değildir⁶³.

Muvafakat almaya dair bu kaidenin Osmanlı Devleti'nde de benimsendiği görülmektedir. III. Ahmet, ilişkilerin gittikçe arttığı Fransa'ya bir elçi göndermeye karar vermiş ve ilk önce bu göreve Babıali kapucubaşlarından Kara İnci seçilmiştir. Bu durum, Avusturya ve Venedik elçilerini rahatsız ettiği gibi Fransız elçisi olan Marquis de Bonnac'ıda memnun etmemiştir. Bunun üzerine, Fransız elçinin liyakat ehli birisinin gönderilmesi tavsiyesini dikkate alan Sadrazam Damat İbrahim Paşa, Yirmi Sekiz Mehmet Çelebi'yi (1732) göndermiştir⁶⁴.

D. TEMSİLCİNİN KABULÜ

Muvafakat alındıktan sonra tayin edilen diplomasi temsilcisine, kendi devlet başkanı tarafından yanında hizmet göreceği devletin başkanına yazılmış bir itimatname (*güven mektubu*) verilir. İtimatname, temsilcinin resmi sıfatını ve sınıfını belirten ve kendisine itimat edilmesini isteyen bir mektuptur. Büyükelçi ve orta elçilerin itimatnameleri devlet başkanından devlet başkanına, maslahatgüzarların ise dışişleri bakanından dışişleri bakanına yazılır. Diplomasi temsilcisi, görevlendirildiği memlekette devlet başkanı tarafından resmen kabul edildiği tarihten itibaren görevine başlamış sayılır. Her memleket diplomasi temsilcisinin kabul şeklini kendi mevzuatıyla tespit etse de esas itibariyle bu merasimler arasında bir benzerlik vardır⁶⁵.

Osmanlı Devleti'nde de itimatname mahiyetinde *name-i hümayunlar* mevcuttur⁶⁶. Name-i hümayunlar, elçilerin görevlerini ilgilendiren konularda

⁶³ Meray, s. 19-20.

⁶⁴ Topçuoğlu, s. 111.

⁶⁵ Meray, s. 20.

⁶⁶ Fransa hükümdarı Louis'e götürülen name-i hümayunun sureti için bkz. Unat, s. 29-30.

gittikleri ülkelerin hükümdarına ve başbakanlarına Osmanlı padişahı ve sadrazamı tarafından yazılmış mektuplardır⁶⁷. Bu dönemde, itimatname mahiyetindeki name-i hümayun sunulmadıkça elçiler göreve başlamamıştır. Nitekim, 1808 yılında III. Selim tarafından Bonaparte'ın imparatorluğunun tanınması amacıyla Abdurrahim Muhib Efendi (1821) nişancı payesiyle⁶⁸ fevkalade büyükelçi olarak Paris'e gönderilmiştir. Bir süre sonra da ikamet elçisi olarak orada kalmasına karar verilmiştir⁶⁹. Daha sonra II. Mahmut döneminde de Paris büyükelçisi olarak orada kalmasında karar kılınmıştır. Ancak bu dönemde söz konusu elçinin, II. Mahmut'tan itimatnamesi gelmediği için Bonaparte'ın evlenme törenine çağrılmamış sadece Paris'te Başbakan'ın ziyafetine davet edilmiştir⁷⁰.

Temsilcinin kabulü meselesinde elçi karşılama protokolleri ya da kabul törenleri de değinilmesi gereken bir meseledir. Zira, diplomatik temsilci görevlendirildiği devlette devlet başkanı tarafından resmen kabul edildiği tarihten itibaren görevine başlamış sayılır. Bu noktada, Osmanlı uygulamasının gönderen devlet olarak herhangi bir tecrübeyi haiz olmamasından ötürü, ilk ikamet elçisinin gönderiminde Reisülküttap Mehmet Raşit Efendi'nin dönemin İngiltere elçisi ile İstanbul'da elçi karşılama protokolünü görüşmek ve bilgi almak maksatlı görüştüğüne kayıtlarda rastlanmaktadır⁷¹. Kimi zaman teşrifat pazarlıklarından kaynaklanan münakaşalar da olmuştur. Nitekim, 1722 yılında Rusya'ya Nişli Mehmet Ağa elçi olarak gönderilmiştir. Bu elçi, bazı teklifleri name-i hümayuna saygısızlık telakki ederek konaktan konağa

⁶⁷ **Unat**, s. 28, 37.

⁶⁸ Muhtelif meslek ve memuriyetlerden alınarak kendilerine sefaret vazifesi verilen kimselere elçilik görevinin önemiyle uygun payeler verilmiştir. Bu payeler, hem Osmanlı Devleti'nin şanı için hem de gittikleri yabancı devletin teşrifat kuralları için mühimdi. Genellikle orta elçilere, defterdarlık, nişancılık ve Mekke payesi, büyükelçilere Anadolu veya Rumeli Beylerbeyliği, İran'a gönderilen elçilerden ulema sınıfından olanlara da Anadolu kazaskerliği payesi verilmekteydi. Bkz. **Unat**, s. 24.

⁶⁹ **Karaer, Nihat** (2011) "Abdurrahim Muhib Efendi'nin Paris Büyükelçiliği (1808-1811) ve Döneminde Osmanlı-Fransız Diplomasi İlişkileri", *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S: 30 (Güz), Ankara, s. 3-5.

⁷⁰ **Unat**, s. 200.

⁷¹ **TDV İslam Ansiklopedisi**, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/elci>>s.e.t.02.11.2020.

dolaşamayacağını nihayetinde geri dönmeyi hatta ölümlü cezalandırmayı bile daha hafif gördüğünü söylemek zorunda kalmıştır⁷².

Temsilci kabulünde bir diğer önemli konu hediyeleşme bahsidir. Hediyeleşme konusunda esas olan mütekabiliyet esası olsa da Osmanlı elçilerinin birçok ülkede çoğu defa masraflarını kendilerinin karşıladıklarını gösteren kayıtlar mevcuttur⁷³. Osmanlı Devleti ise hem kendi ülkesine gelen elçilere hem de yabancı devletlere gönderdiği elçilere verdiği hediyeler konusunda oldukça cömert davranmıştır. Bu noktada, Osmanlı devletine gelen yabancı elçiler sınırdan içeri girdikleri andan itibaren İslam'ın eman anlayışı çerçevesinde artık o ülkenin misafiri sayılmış ve her türlü ikamet ve iâşe masrafları karşılanmıştır. Avrupa'da benzeri olmayan bu uygulamaya *tayinat* denilmiştir. Elçilere tayinat verilmeye 1538 yılında hediyeler getiren Floransa elçisinin padişahın İstanbul'dan hemen ayrılmasını istemesi ve kaldığı sürece yiyecek masrafının hazineden verilmesiyle başlamıştır⁷⁴. Osmanlı Devleti'nin gönderdiği elçilerin harcamaları yanlarında götürdükleri hediyelerin masrafları da dâhil olmak üzere 1834'ten önce elçi hazinesinden⁷⁵; 1834'ten sonra ise hazine-i amirede sefaretler için ayrılan tahsisattan karşılanmıştır. 1838 yılında Maliye Nezareti'nin kurulmasının ardından hazinelerin birleştirilmesiyle birlikte Osmanlı elçiliklerinin ödemeleri mansure hazinesinden karşılanmaya başlanmıştır⁷⁶.

IV. DİPLOMASİ TEMSİLCİSİNİN GÖREVLERİ

A. KENDİ DEVLETİNE KARŞI GÖREVLERİ

Elçilerin kendi devletine karşı görevlerini *müzakere*, *müşahade* ve *himaye* olmak üzere üç başlıkta toplamak mümkündür. Müzakere, iki devlet arasındaki münasebetlerin geliştirilmesi, anlaşmazlıkların çözümü, kendi devletinden gelen notların nezdinde bulunduğu ülkeye ulaştırılması, nezdinde

⁷² Unat, s. 62-63; Topçuoğlu, s. 179.

⁷³ Unat, s. 35.

⁷⁴ Topçuoğlu, s. 213.

⁷⁵ Unat, s. 24-25.

⁷⁶ Dönmez, Ahmet (2013) "Yeniden Tesis Sürecinde Osmanlı Daimi Elçiliklerinin Finansmanı", SÜTAD, Nejat Göyünç Armağanı, s. 528-529.

bulunduğu ülkenin notlarının ise kendi ülkesine gönderilmesidir. Müşahade, nezdinde bulunduğu ülkedeki siyasi, iktisadi, teknik gelişmeleri ve yenilikleri kendi ülkesine yazmak ve anlatmaktır. Himaye ise yabancı ülkelerde bulunan kişilerin hak ve menfaatlerinin o ülkedeki elçi tarafından korunmasıdır⁷⁷.

Modern devletler hukukunda müşahade, müzakere ve himaye şeklinde genelde ele alınan diplomatik temsilcilerin kendi devletine karşı görevlerini içeren bu tasnife Osmanlı Devleti'nin bir İslam devleti olması hasebiyle İslam'a davet etmek ve Müslüman esirlerin iadesini de eklemek gerekir⁷⁸. İslam'a davet etmek bir başka deyişle tebliğ görevinin hukuki dayanağı Kur'an'da muhtelif ayetlerde bulunmaktadır. Hz. Musa ve kardeşi Hz. Harun'un elçi olarak gönderildiğinde tebliğ faaliyetinin yani bir nevi diplomatik ilişkilerde usul ve üslubun nasıl olması gerektiği Taha Suresi'nde şu şekilde geçmektedir⁷⁹: *Firavuna gidin çünkü o gerçekten azdı. Ona yumuşak söz söyleyin. Belki o, öğüt alır veya korkar.* Yine, Hz. Peygamber ile ilgili olarak Kur'an'da Al-i İmran suresinde *o vakit Allah'tan bir rahmet ile onlara yumuşak davrandın! Şayet sen kaba, katı yürekli olsaydın, hiç şüphesiz, etrafından dağılıp giderlerdi* geçmektedir. Bu ayetten de anlaşıldığı üzere, İslam'a göre diplomasideki amaç tebliğdir ve diplomasi dili de yumuşak üslupta olmalıdır⁸⁰.

Müslüman esirlerin iadesinin himaye görevi kapsamında elçilerin görevlerinden biri olduğunu örnekler üzerinden görmek mümkündür. 1775 yılında Rusya'ya elçi olarak I. Abdülhamid tarafından gönderilen Abdülkerim Paşa'nın özellikle Rusya'daki Türk ve Müslüman esirlerin iadesi noktasında etkili girişimlerde bulunduğu, hatta ısrarını ilişkileri kesmeye kadar götürdüğü halde Rusların Hristiyanlaştıkları bahanesiyle birçok esiri vermediği, ancak kendisine iltica etmiş olanları beraberinde geri getirmek zorunda kaldığı bilinmektedir⁸¹. Yine, Mustafa Rasih Paşa 1793 yılında Rusya'ya elçi olarak

⁷⁷ TDV İslam Ansiklopedisi, <<https://islamansiklopedisi.org.tr/elci>>s.e.t. 31.10.2020.

⁷⁸ Topçuoğlu, s. 141.

⁷⁹ Taha Suresi, Ayet No: 43-44.

⁸⁰ Âl-i İmran Suresi, Ayet No: 159.

⁸¹ Unat, s. 132.

gönderildiğinde Petersburg'da bulunduğu sırada Müslüman esirlerin iadesi meselesi üzerinde çetin müzakerelerde bulunmak zorunda kalmıştır⁸².

B. KABUL EDEN DEVLETE KARŞI GÖREVLERİ

Avrupa'ya gönderilen Osmanlı ikamet elçilerinin nezdinde buldukları devlete karşı görevlerinin neler olduğuna dair yazılı bir hüküm olarak 1856 Paris Barış Antlaşması gösterilebilir. Zira 1856 Paris Barış Antlaşması'nın dokuzuncu maddesine göre ayrı ayrı ya da topluca hiçbir devlet Osmanlı padişahının tebaası ile olan ilişkilerine ya da imparatorluğun iç işlerine karışma hakkına sahip değildir⁸³. Paris Barış Antlaşması ile Osmanlı Devleti'nin bir Avrupa ülkesi sayılması ve uluslararası ilişkilerdeki mütekabiliyet şartı gereği Osmanlı elçilerinin de nezdinde buldukları devletin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak müdahalede bulunmama yükümlülükleri söz konusudur. Yine, diplomasi temsilcilerinin ülkesinde görevli buldukları devletin kanun ve nizamlarına aykırı hareket etmemeleri gerekir⁸⁴.

V. DİPLOMATİK AYRICALIKLAR VE MUAFİYETLER

Eski dönemlerden beri diplomatik temsilcilerin görevlerini hiçbir baskı altında kalmadan ve kolayca yerine getirebilmeleri için kendilerine bazı ayrıcalıklar tanınmıştır. Hatta “Elçiye zeval olmaz.” kabilinden atasözleri her yerde, her ülkede yerleşmiş ve elçilik müessesine bir nevi kutsiyet izafe edilmiştir⁸⁵. Bu bağlamda, elçilere uluslararası hukukta kişi dokunulmazlığı, haberleşme dokunulmazlığı, elçilik binasının dokunulmazlığı ve bazı yargı ve vergi muafiyetleri tanınmıştır⁸⁶.

Osmanlı Devleti'nin yabancı devletlere gönderdiği elçilerin sahip oldukları dokunulmazlıklarla ilgili şu örnekler verilebilir: III. Selim zamanında Fransa'ya elçi olarak gönderilen Morali Seyyid Ali Efendi'nin diplomasi

⁸² Unat, s. 166; Topçuoğlu, s. 160.

⁸³ Akylmaz (2000), s. 173.

⁸⁴ Meray, s. 23; Topçuoğlu, s. 161-167.

⁸⁵ Topçuoğlu, s. 220-221.

⁸⁶ Meray, s. 24-30.

alanında başarısız kalması ve Mısır'ı işgale kalkışan Fransa ile Babıali arasındaki siyasi münasebetlerin kesilmesi üzerine Fransa'nın İstanbul elçisi Yedikule'ye hapsedilmiştir. Buna karşılık olmak üzere de, Osmanlı elçisi Paris'te göz hapsine alınmıştır. Bu durum, uzun zaman devam ederek elçiler ancak barıştan sonra serbest bırakılmıştır⁸⁷. Bu örnek, kişi dokunulmazlığıyla ilgili olup diplomatik temsilcilerin can ve mal güvenliğine karşı teşebbüslerin mütekabiliyet esası çerçevesinde değerlendirildiğinin göstergesidir⁸⁸.

Diğer bir örnek de haberleşme dokunulmazlığına ilişkindir. Diploması temsilcisinin kendi hükümetiyle haberleşmesinin dokunulmazlığı, görevlerinin mahiyetinden çıkan bir sonuçtur. Diploması temsilcileri, kendi memleketleri ile haberleşmelerini yazışma, telgraf veya evrakı kendi götüren kuryeler aracılığıyla yaparlar. Devletler, bu mektupların, kuryelerin şahıslarının ve taşıdıkları evrakın her türlü ihlalden korunmasını sağlamakla yükümlüdür⁸⁹. Haberleşme dokunulmazlığına ilişkin örnek, 1834 yılında ikamet elçiliklerinin yeniden tesis edildiği yıllarda vuku bulmuştur. Osmanlı elçileri, bu dönemde güvenlik endişesiyle yazışmalarında şifre kullanıyorlardı. Hatta, 1834'te Londra büyükelçiliğine atanan Mehmet Nuri Efendi, görevine başlamak için Viyana'ya uğradığı sırada Osmanlı'nın Viyana büyükelçisi Mavroyeni tarafından bu konuda uyarılmıştı. Zira, Avusturya memurları o günlerde Viyana'dan geçen tüm kağıtları açıp okuyorlardı. Şifreleri bile çözüp içeriğini anlıyorlardı⁹⁰. Bu durum, Osmanlı elçilerinin haberleşme dokunulmazlığının fiiliyatta olmadığını göstermektedir.

VI. TEMSİL GÖREVİNİN SONA ERİŞİ

Diplomatik temsilcinin görevi olağan ve olağanüstü sebeplerle sona erebilir. Temsilcinin görevinin sona erdiğinin bildirilmesi ve temsilcinin *personanongrata* (istenmeyen kişi) ilan edilmesi olağan sebepler iken,

⁸⁷ Unat, s. 180.

⁸⁸ Topçuoğlu, s. 239.

⁸⁹ Meray, s. 25.

⁹⁰ Dönmez, Ahmet (2006) "Karşılıklı Diplomasıye Geçiş Sürecinde Osmanlı Daimi Elçiliklerinin Avrupa'da Yeniden Tesisi" (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 165-169.

diplomatik temsilcinin vefatı, diplomatik ilişkilerin kesilmesi, devlet başkanının vefatı veya görevden çekilmesi ve iki devlet arasında savaşın çıkması olağanüstü sebeplerdendir⁹¹. Bu sebeplerin Osmanlı Devleti'nin gönderdiği elçilerin görevlerinin sona ermesi açısından da geçerliliği söz konusudur. Örneğin; Londra büyükelçisi İsmail Ferruh Efendi ve Viyana büyükelçisi İbrahim Afif Efendi'nin üç yıllık vazife süresinin dolması nedeniyle görevleri olağan sebeple sona ererken, Berlin büyükelçisi Ali Aziz Efendi'nin ise vefatı nedeniyle olağanüstü sebeple görevi sona ermiştir⁹². Yine, II. Mahmut, Yunan İsyanı başlayınca Rum maslahatgüzarların kasten yanlış haber verdiklerinin anlaşılması üzerine onların hepsini birden azletmiştir. Bu durum, temsilcinin görevinin sona erdiğinin bildirilmesine bir örnektir⁹³.

SONUÇ

Gönderen devlet konumunda Osmanlı Devleti'nde hiç kuşkusuz ki dönüm noktası III. Selim'in diplomaside yaptığı yeniliklerdir. Zira, III. Selim dönemine kadar Osmanlı diplomasisi bugünkü anlamda bir dış politika aracı olarak addedilemez. Darül harp mefhumuna binaen, özellikle Hristiyan Avrupa ülkeleriyle ilişkiler esas itibarıyla savaş biçiminde iken Osmanlı'nın diplomasi aracına ihtiyaç duymadığı açıktır. İmparatorluğun yükselme döneminde diğer devletlerle bir müzakere, eşit şartlarda görüşme ya da uzlaşma söz konusu değildi. Bu dönemlerde, İstanbul'a gelen geçici veya daimi elçilere yapılan muamele ile Osmanlı Devleti'nin dış ülkelere gönderdiği geçici misyonlarla güdülen amaçsa devletin kudret ve zenginliğini diğer ülkelere sergilemekten mürekkepti.

İmparatorluk zayıflayınca her zaman hasım olarak görülen Avrupalı güçlerle daha değişik bir ilişkiye girme ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç da Avrupa'ya gönderilen geçici mahiyetteki fevkalade elçiler yerine daimi ikamet elçilerinin doğuşunu hazırlamıştır. Her ne kadar bu daimi ikamet elçiliklerinin hazineye yük getirmesi sebebiyle maslahatgüzarlık seviyesine çekilmesi sonrasında da maslahatgüzarların ihaneti dolayısıyla muvakkat kaldırılış söz

⁹¹ Meray, s. 35-39.

⁹² Kuran, s. 41, 42, 45.

⁹³ Kuran, s. 64.

konusu olsa da II. Mahmut saltanatının son yıllarında ikamet elçiliklerini yeniden tesis etmiştir. II. Mahmut, hiç şüphesiz ki III. Selim'in kırk yıl önce giriştiği tecrübeden faydalanmıştır. 1824'te yenilenen bu teşebbüs sağlam olacak ve günümüze kadar aralıksız devam edecektir.

Osmanlı Devleti Avrupa diplomasi anlayışına uyum göstermek adına gönderen devlet olarak kendi diplomasi teşkilatında da değişikliklere gitmiş bu bağlamda Babıali'de Tercüme Odaları kurdurmuş ve elçileri Reisülküttaplıkta yetişmiş insanlardan seçmeye çalışmıştır. Yine, II. Mahmut zamanında Hariciye Nezareti'nin kurulmasıyla birlikte diplomaside profesyonelleşmeye geçilmiştir. Sonuç olarak, III. Selim'le diplomasideki değişim temeli II. Mahmut ile gerçekçi adımlara dönüşse de imparatorluğun uzun süre içine kapanık bir dönem geçirmesi, dışa açıldığında da daha çok savunma durumunda olması Avrupa'nın ortaya koyduğu diplomasi düzenine tam anlamıyla ayak uyduramamaya neden olmuştur.

Osmanlı'nın gönderen devlet konumuna özgü bu genel sonuçtan sonra başlıklar özelinde ulaşılan sonuçlara gelince, diplomasi temsilcilerinin sınıflandırılmasında modern uluslararası hukuktaki Aix-La-Chapelle Protokolü (1818) ile benimsenen büyükelçi, ortaelçi, maslahatgüzar tasnifinin Osmanlı'da da var olduğu görülmektedir. Diplomasi temsilcilerinin seçiminde, genel olarak Tarihçi Raşit'in deyiimiyle *tertib-i muhaverat ve desayis-i nasaraya ittıla hasıl etmiş bir kardan-ı dakikaşinas* olma şartı aranmış, ilerleyen dönemde ise son dönem Osmanlı elçisi Salih Münir Paşa'nın Diplomasi Malumat-ı Esasiyye adlı eserinden hareketle diplomatlıkta dost ve düşmanı tanıyabilme, ülkenin hayır ve selameti için hangi devletlerle ittifak kurulacağını, rakiplerinin nasıl alt edileceğini tespit edebilme ve bu konularda gerekli tedbirleri alabilme kabiliyetleri aranmıştır. Zikredilen bu özelliklerin esasında diplomatlığın doğasından kaynaklandığı ve dolayısıyla günümüzde de geçerliliğinin var olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yine, modern uluslararası hukukta geçerli olan diplomatik temsilcinin gönderilmesinden önce muvafakat alınması usulü çalışmada verilen örneklerden de görüldüğü üzere Osmanlı'da istimzaç usulü olarak var olmuştur. Temsilcinin kabulünde de günümüzde var olan güven mektubu

(itimatname) usulünün Osmanlı'da name-i hümayun biçiminde var olduğu bir başka tespittir.

Diplomatik temsilcinin görevleri bahsinde, Osmanlı'nın gönderdiği elçilerin kendi devletine karşı görevleri müzakere, müşahede ve himaye olarak özetlenmişti, bu üç görev diplomatik temsilciliğin doğasında mündemiçtir ve dolayısıyla günümüzde de varlığını sürdürmektedir. Kabul eden devlete karşı görevlerde ise, hem 1856 Paris Barış Antlaşması'nın dokuzuncu maddesindeki hüküm hem mütekabiliyet şartı gereği Osmanlı'nın gönderdiği diplomatik temsilcilerin nezdinde buldukları devletin iç işlerine karışmama ve o ülkenin kanun ve nizamına uygun hareket etme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu tespit de günümüzde geçerlidir. Modern uluslararası hukukta bulunan kişi dokunulmazlığı ve haberleşme dokunulmazlığına Osmanlı'nın gönderdiği elçilerin sahip oldukları görülmektedir. Ancak belirtilmelidir ki, bu dokunulmazlıklarının sınırını diplomaside temel bir ilke olan mütekabiliyet şartı belirlemektedir. Yine, temsilcinin görevinin sona ermesinde de temsilcinin görevinin sona erdiğinin bildirilmesi, temsilcinin *persona nongrata* (istenmeyen kişi) ilan edilmesi diplomatik temsilcinin vefatı, diplomatik ilişkilerin kesilmesi, devlet başkanının vefatı veya görevden çekilmesi, iki devlet arasında savaşın çıkması gibi günümüzde geçerli olan sebeplerin Osmanlı diplomasisinde de varlığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Cevdet Paşa** (2016) Osmanlı İmparatorluğu Tarihi, İlgi Kültür Sanat Yayınları, İstanbul.
- Akgündüz, Ahmet** (2011) İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı-Kamu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları.
- Akyılmaz, Gül** (2000) Osmanlı Diploması Tarihi ve Teşkilatı, 1. Baskı, Konya, Tablet Basım Yayın.
- Akyılmaz, Gül** (2019) Siyasi Tarih, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Arı, Bülent** (2004) “Early Ottoman Diplomacy: Ad Hoc Period”: Yurdusev, Nuri (Editör), Ottoman Diplomacy, 1. Baskı, London, PalgraveMacmillan.
- Bareilles, Bertrand** (1920) Un Turc a Paris, 1806-1811: relation de voyage et de mission de Mouhib effendi, ABD, Bossard Publisher (Çeviren: Birsal Uzma (2018) Paris’te Bir Türk: Abdürrahim Muhib Efendi, İstanbul, Kırmızı Kedi Kitabevi).
- Bilsel, Cemil** (1934) Devletlerarası Münasebat, İstanbul.
- Devellioğlu, Ferit** (1993) Osmanlı-Türkçe Ansiklopedik Lugat, 2. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi.
- Dönmez, Ahmet** (2006) “Karşılıklı Diplomasıye Geçiş Sürecinde Osmanlı Daimi Elçiliklerinin Avrupa’da Yeniden Tesisi” (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Dönmez, Ahmet** (2013) “Yeniden Tesis Sürecinde Osmanlı Daimi Elçiliklerinin Finansmanı”, SÜTAD, Nejat Göyünç Armağanı, s. 525-538.
- Elçi, İsmail Hakkı** (2019), “Osmanlı Diploması ve Gelişim Süreci”, Külliyyat Osmanlı Araştırmaları Dergisi, S: 9, s. 23-38.

- Günce, Şüheda** (2020) “Osmanlı Devleti’nde İlk Daimi Elçilikler ve Diplomasiye Olan Etkileri”, *Osmanlı Medeniyeti Araştırmaları Dergisi*, C: 6, S: 10, s. 101-114.
- İskit, Temel** (2018) *Diplomasi*, 6. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Karaer, Nihat** (2011) “Abdürrahim Muhib Efendi’nin Paris Büyükelçiliği (1808-1811) ve Döneminde Osmanlı-Fransız Diplomasi İlişkileri”, *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S: 30 (Güz), Ankara, s. 1-26.
- Kılıç, Musa** (2019) “İlk İkamet Elçilerinin Halefleri Rum Maslahatgüzarlar (1800-1821)”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, C: 38, S: 65, s. 251-278.
- Kodaman, Timuçin/Akçay, Ekrem Yaşar** (2010), “Kuruluştan Yıkılışa Kadar Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Türkiye’ye Bıraktığı Miras”, *SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S: 22, s. 75-92.
- Kuran,ERCÜMEND** (1968) *Avrupa’da Osmanlı İkamet Elçiliklerinin Kuruluşu ve İlk Elçilerin Siyasi Faaliyetleri*, 1. Baskı, Ankara, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Meray,Seha** (1959) *Devletler Hukukuna Giriş*, C: 2, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
- Naff, Thomas** (1963) “Reform and the Conduct of Ottoman Diplomacy in the Reign of Selim III, 1789-1807”, *Journal of the American Oriental Society*, C: 83, S: 3, s. 295-315.
- Rado, Şevket** (2019) *Paris’te Bir Osmanlı Sefiri: 28 Mehmet Çelebi’nin Fransa Seyahatnamesi*, 10. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Salih Münir Paşa** (Haz: **Ahmet Dönmez, Refika Kart**) (2018) *Diplomasi Malumat-ı Esasiyye*, 1. Baskı, Konya, Palet Yayınları.
- Sander, Oral** (2016) *Siyasi Tarih-İlkçağlardan 1918’e*, 31. Baskı, Ankara, İmge Yayınevi.

- TDV İslam Ansiklopedisi**, <<https://islamansiklopedisi.org.tr>>s.e.t. 30.10.2020.
- Topçuoğlu, Ali Aslan** (2017) İslam Hukukunda Diplomatik Temsil, Fecr Yayınevi, Ankara.
- Turan, Namık Sinan** (2004), “Osmanlı Diplomasisinde Batı İmgesinin Değişimi ve Elçilerin Etkisi (18. ve 19. Yüzyıllar)”, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 6, S: 2, s. 57-86.
- Turan, Namık Sinan** (2018) İmparatorluk ve Diplomasi, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Unat, Faik Reşit** (1968) Osmanlı Sefirleri ve Sefaretnameleri, 1. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1949) “19. Asır Başlarına Kadar Türk-İngiliz Münasebetine Dair Vesikalar”, Belleten, C: 13, S: 51, s. 573-650.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1988) Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Yılmaz, Güzin Özen** (2014) Elçiye Zeval Olmaz, 1. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi.

İNSAN HAKLARINDA SEMANTİK BOZUM: “İŞKENCE”DEN “KÖTÜ MUAMELE”YE*

Hüseyin MECEK**

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, ilk beş yılda verdiği bireysel başvuru kararlarının çoğunda insan hakları hukukunda ulusal ve uluslararası literatür tarafından genel kabul görmüş “*işkence yasağı*” ya da “*işkence ve kötü muamele yasağı*” kavramını kullanmıştır. 21.2.2019 tarihinden sonra verdiği kararlarda ise işkence kelimesinden arındırılmış bir adlandırma yöntemi benimsemiştir. “*İşkence*” kelimesinin dışlandığı bu yeni adlandırma insan onurunu koruma gayesi güden “*işkence yasağı*”nın mutlaklığına da zarar verebilecek bir girişimdir. Kelimeler düşüncenin giydirildiği kıyafetler gibidir. Her bilim dalının kendine özgü terimleri bulunmaktadır. Çalışmada, hukukta terim hâline gelmiş, bizzat kendisi tarafından benimsenmiş bir ifade tarzının semantik olarak en üst yargı yerince değiştirilmesinin dil felsefesi de dikkate alınarak nedenleri ve potansiyel sonuçları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, İşkence Yasağı, Semantik Bozum, Adlandırma, Anayasa Mahkemesi.

* DOI: 1033432/ ybuhukuk.940026 - Geliş Tarihi: 21.05.2021 - Kabul Tarihi: 21.06.2021.

** Anayasa Mahkemesi Raportörü, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı doktora öğrencisi, 07mecek@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0987-9678.

SEMANTIC DEPARTURE IN HUMAN RIGHTS: A SHIFT FROM “TORTURE” TO “ILL-TREATMENT”

ABSTRACT

In many of the decisions and judgments rendered in the first five years of the individual application mechanism, the Turkish Constitutional Court (“the Court”) has employed the notions of “*prohibition of torture*” or “*prohibition of torture and ill-treatment*” and accepted the terminology in the national and international literature in human rights law. However, in its judgments rendered after 21 February 2019, the Court has adopted a new terminology which excludes the term “*torture*”. Such exclusion could be a disoriented initiative that may jeopardize the absolute nature of the prohibition of torture that seeks to protect human dignity. The words are like the flesh and bones of thoughts. Every discipline has its own specific terminology. Also taking into account the philosophy of language, this paper deals with the causes and possible consequences of such shift by the Court.

Keywords: Human Rights, Prohibition of Torture, Semantic Departure, Denominate, the Turkish Constitutional Court.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 3., Anayasa'nın 17/3. maddesinde düzenlenen “*işkence ve kötü muamele yasağı*”, Anayasa Mahkemesinin (AYM) ilk beş yıllık süreçte verdiği bireysel başvuru kararlarının büyük çoğunluğunda “*işkence*” kelimesiyle birlikte çeşitli kullanım biçimlerine sahipken 21.2.2019'dan sonra verilen kararlarda “*işkence*” kelimesinden soyundurulmuş/ayıklanmış biçimde kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle ihlal bulunmayan ya da yalnız usul yükümlülüğünden ihlal bulunan durumlarda “*kötü muamele yasağı*”, yasağın maddi boyutundan ihlal bulunan durumlarda ise nitelendirmeye gidilerek “*işkence yasağı*”, “*eziyet yasağı*”, “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı*” biçiminde adlandırılmaya başlanmıştır.

Bir şeyin adlandırılmasının müsebbibi adlandırıcının düşünce yetisiyse¹ ve ad onu koyanın niyetini ortaya koyuyorsa² adlandırmadaki bu semantik (anlam bilimsel) değişikliğin yeter sebebi nedir?

I. İŞKENCE YASAĞININ ÖZGÜL NİTELİKLERİ

Tüm sözleşmelerde işkence, diğer kötü muamele türleriyle birlikte düzenlenmektedir. İşkence, en barbar ve zalimane muamele türü olduğu için “*jenerik kavram*” olarak görülmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (İHEB) 5. maddesine göre “*Hiç kimse işkence veya zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz.*” AİHS'in 3. maddesinin kenar başlığında “*İşkence yasağı*” ibaresi kullanılmış ancak madde metninde “*zalimane*” kelimesi dışında İHEB'deki aynı ibarelere yer verilmiştir. Gerek İHEB gerekse AİHS'nin hazırlanma aşaması dikkate alındığında işkence kavramının vurgulanması anlamlıdır. İşkence kadar ağır olmasa da diğer bazı eylem ve işlemlerin de en az işkence kadar olumsuz niteliği nedeniyle uluslararası sözleşmelerde ve 1982 Anayasası'nda aynı maddede

¹ **Platon** (2016) *Kratylos, Giriş, Metin, Çeviri ve Dizinler*, 1. Cilt, (Eski Yunanca aslından çeviren: Gören, Erman) İstanbul, Dergâh Yayınları, s. 139.

² **Platon**, s. 143.

düzenlenmekte ve işkenceyle aynı hukuki sonuçlar öngörülmektedir.³

İşkenceye karşı imzalanan üç özgül sözleşmeden ikisinin başlığı hem işkenceyi hem de işkenceyle aynı hukuksal sonuca bağlanan diğer kategorideki muameleleri (kötü muamele) barındırmaktadır: “Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme” (BM İşkenceye Karşı Sözleşme), “Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Sözleşme”. “İnter-Amerikan İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi” ise adından da anlaşılacağı üzere yalnızca işkence ifadesini kullanmıştır.⁴

Bu sözleşmelerin maddelerinde “işkence” (torture) teriminin hemen ardından “zalimane davranış” (cruel treatment), “insanlık dışı muamele” (inhuman treatment), “aşağılayıcı muamele” (degrading treatment), “insanlık dışı ceza” (inhuman punishment), “aşağılayıcı ceza” (degrading punishment) kavramlarına yer verilmektedir. BM İşkenceye Karşı Sözleşme’de işkence ile diğer muameleleri tek bir madde yerine ayrı ayrı maddelerde düzenlemiştir. Bu sözleşmenin 1. maddesinde işkence, 16. maddesinde ise diğerleri düzenlenmiştir.⁵

İşkence, yan yana kullanıldığı diğer muamele türlerinden birçok açıdan ayrılır. Bazı muameleleri işkence kategorisinden ayırmak yasağın derinliğinin zedeler. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerde işkence ile insan onurunun ortadan kaldırılması sonucunu doğuran eylemler işkenceden hemen sonra zikredilerek aynı kategoride değerlendirilmektedir.⁶

Aslında bu yasakların hepsinin ortak özelliği tümünün kötü muamele olmasıdır fakat “kötü muamele” işkencenin ağırlığını karşılayabilecek bir kavram değildir. Bu yüzden onu diğerlerinden farklılaştırmak üzere bütün dillerde ayrı terimler kullanılmıştır. Ağır bir temel hak ve özgürlük ihlali sayılan işkence bu nedenle “tüm kötü muamele türlerinin jeneriği” olarak kabul edilir.

³ **Anayurt, Ömer** (2008) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Atilla Özer’e Armağan) C: 12, S: 1, 2, s. 423.

⁴ **Anayurt** (2008) s. 423.

⁵ **Anayurt** (2008) s. 424.

⁶ **Anayurt** (2008) s. 424.

Dolayısıyla mevzuatta işkenceyi diğerlerinden ayırt etmek amacıyla işkence ve diğer kötü muameleler olmak üzere ikili kategorizasyona gidilmektedir. İşkence dışında kalan insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelere “kötü muamele” denilmektedir.⁷

AİHS'nin “İşkence yasağı” başlıklı 3. maddesi şöyledir: “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.” Anayasa'nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinin üçüncü fıkrası ise şöyledir: “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

Sözleşme'nin 3. ve Anayasa'nın 17. maddelerinin ifade tarzı, bir hakkın tanınması şeklinde değil işkence teşkil eden fiillerin yasaklanması şeklindedir. Bu yasakla korunan değer, bireyin fiziksel bütünlüğü ve insan onurudur.⁸

İnsan onuru ve temel haklar, pozitif hukuk normlarından önce gelir. Bu nedenle temel hakların anayasa ve kanunlarla ortadan kaldırılması mümkün değildir.⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) işkence yasağının uluslararası hukukun emredici kurallarından (jus cogens) olduğunu, bu yüzden derogasyona izin verilmediğini, uluslararası normlar hiyerarşisinde anlaşma ve teamül hukukundan daha üstün olduğunu kabul etmiştir.¹⁰ İnsan hakları

⁷ **Anayurt, Ömer** (2009) “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”: Doğan, İlyas (Editör) İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, s. 214; **Anayurt** (2008) s. 425.

⁸ **Doğru, Osman/Nalbant, Atilla** (2012) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, Ankara, Avrupa Konseyi, s. 125.

⁹ **Heper, Altan** (2012) “Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi (Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına) 24. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 17.

¹⁰ **Doğru/Nalbant**, s. 125; **Anayurt** (2008) s. 421.

“Bu analizi destekleyen uluslararası hukukta güçlü argümanlar bulmaktayız. Adil yargılanma hakkıyla ilgili az sayıda uluslararası norm, işkence ile elde edilen delillerin kapsam dışında bırakılması kuralına göre daha esastır ve BM İşkenceye Karşı Sözleşme gibi çok az sayıda uluslararası anlaşma geniş bir desteğe sahip olmuştur. Bu Sözleşme'ye 149 devlet taraftır ve bu devletler arasında Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletler bulunmaktadır. Bu Sözleşme uluslararası topluluğun, işkence uygulamalarını yok etmek için bir dizi seri tedbir olarak işkence yasağını esaslı bir şekilde jus cogens normu olarak kabul etme ve bunu pekiştirmek için

konusunda uluslararası hukuk anlamında müttekabiliyet koşulu aranmaması da kuralın mutlaklığının göstergesidir.¹¹

Yasağın asgari eşliğini geçtikten sonra (regle de minimis/asgari eşik kuralı) eylemin işkence ve kötü muamele türlerinden hangisi kapsamında kaldığının belirlenmesi -ihlali devletın itibarı ve hükmedilecek tazminat miktarı gibi- birçok yönden önem taşımaktadır.¹²

AİHM, işkence yasağını “*jus cogens*” bir yasak olarak telakki etse de insan hakları teorisinde temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından bazılarının diğerlerinden daha üstün ve öncelikli olduğu, başka bir deyişle “*haklar hiyerarşisi*” bulunduğu görüşü genel kabul görmemektedir.¹³ Fakat ihlal

var olan tüm nedenleri ortadan kaldırma iradesini yansıtmaktadır. Sözleşme'nin önemli hükümlerinden biri, işkence ile elde edilen delillerin kabul edilmesini mutlak bir şekilde yasaklayan 15. maddedir. Bu hüküm devletlere açık bir yükümlülük yüklemektedir. İşkenceye Karşı Komite'nin tartışmasız bir şekilde ifade ettiği gibi, 15. madde geniş bir kapsama sahiptir. Bu madde, sınır dışı ile ilgili prosedürler dahil olmak üzere tüm prosedürlere uygulanacak şekilde yorumlanmıştır.” bkz. **Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 8139/09, K.T. 17.01.2012, p. 266. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. **Al-Adsani/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 35763/97, K.T. 21.11.2001, p. 60, 61.

- ¹¹ **Doğan, İlyas** (2015) “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”: Doğan, İlyas (Editör), İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, s. 54.
- ¹² **Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla** (2009) Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press (Çeviren: Kılçı, Mehveş Bingöllü/Karan, Ulaş (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Avrupa Konseyi) s. 73; **Doğru/Nalbant**, s. 136.
- ¹³ “İnsan haklarını kapsayan hak ve özgürlükler listesi içinde hiyerarşik bir ilişki kurulamaz. Haklar, değer ve işlevsel açıdan hepsi birbirine eşittir; başka deyişle öge kimliğindedir. Öyleyse, her bir hak ve özgürlük için, “sine qua non” (olmazsa olmazlık) ölçütünün bir kimlik belirleyicisinin olduğunu vurgulamak gerekir. Kuşkusuz bu noktada bazı sorunlar belirir. Bazı hakların “temelin temeli” olma niteliğinden söz edilebilir mi? Kuramsal açıdan bu sorunun cevabı hayırdır, ancak pratik zorunluluklar bakımından tartışmaya açıktır.” Bkz. **Gemalmaz, Mehmet Semih** (1998) “İnsan Hakları: Temellendirilmesinden Tanımlanmasına”, Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, s. 249. “İlk bakışta bazı hakların diğerlerine nazaran daha önemli ve öncelikli olduğu görülebilir. Nitekim bu illüzyon bazı yazarları haklar arasında hiyerarşi kurmaya ve bir temel haklar kategorisi oluşturmaya sevk etmiştir. Oysa her bir hak, temelde insan onurunu temsil etmekte olup her birinin bütün içerisinde ayrı bir misyonu vardır. Böyle olunca da insan onuru çığnınsızın hak ve hürriyet bölünemez.” **Anayurt, Ömer** (2000) “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına

gerçekleştikten sonra devlet hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının tahripkâr etkisi bakımından hiyerarşik bir katmanlaşma bulunmadığı söylenemez. İşkence devletler için yüz kızartıcı bir temel hak ihlalidir. Bu yüzden hiçbir devlet işkenceci damgası yemek istemez.

Bir taraf devlet işkenceden mahkûm olmaktansa insanlık dışı muamele veya cezadan mahkûm olmayı tercih edebilmektedir. Nitekim *İrlanda/Birleşik Krallık*¹⁴ kararında AİHM'nin davalı devlete yöneltilmiş işkence isnatlarını Komisyonun aksine işkence olarak değil de insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiş olması İngiliz Hükûmeti tarafından hayli sevindirici bulunmuştur.¹⁵

II. YASAK KAPSAMINDA KALAN EYLEM TÜRLERİ

Sözleşme'nin 3. maddesinin başlığı “*İşkence yasağı*” olsa da madde metninde üç katmanlı bir yasak düzenlenmiştir. Bunlar en ağırından başlamak üzere sırasıyla “*işkence*”, “*insanlık dışı muamele/ceza*” ve “*aşağılayıcı muamele/ceza*”dır. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin 3. maddesinde kullanılan bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde tercih edilen “*işkence*”, “*eziyet*” ve “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*” kavramlarının dengi olduğuna karar vermiştir.¹⁶

İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”: Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, Ankara, TODAİE, s. 47.

¹⁴ **İrlanda/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 19.01.1978.

¹⁵ **Anayurt** (2008) s. 427.

¹⁶ “...doğası gereği cezaların veya menfi hareket ve eylemler ile olumsuz hayat deneyimlerinin, kişinin fiziki ve ruhsal değerlerini etkilemesi ve kişide stres, üzüntü ve sair menfi tezahürlere yol açması ve bu etkileri açısından özellikle küçük düşürücü muamele kavramını çağrıştırması mümkün olmakla birlikte, belirtilen eylemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, mağdurun sübjektif niteliklerinin yanı sıra muamelelerin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir.” Bkz. **Işıl Yaykır**, AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.04.2014, p. 35; **Şehnaz Ayhan**, AYM, Başvuru No: 2013/6229, K.T. 15.04.2014, p. 25.

*Cezmi Demir ve diğçerleri*¹⁷ kararı, AYM'nin işkence yasağının hem maddi hem de usul boyutu yönünden ihlal edildiğı sonucuna ulaştığı ilk başvurudur. Anılan kararda AYM, işkence yasağının temel ilkelerini AİHM uygulamasına koşut olarak detaylı biçimde ortaya koymuştur. Bundan sonra incelenen tüm başvurularda *Cezmi Demir ve diğçerleri* kararındaki ilkelere atıf yapılmıştır. Kararda AYM, yasağın üç kalemini oluşturan işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelenin tasniflendirilmesinde önemli ölçütlere yer vermiştir:

“84. Anayasa ve AİHS tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görölmektedir. Bir muamelenin “işkence” olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen “eziyet” ve “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiğı ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış “işkence”, “eziyet” ve “hakaret” suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır.

85. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin “işkence” olarak belirlenmesi mümkündür...

88. “İşkence” seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler “eziyet” olarak tanımlanabilir (AYM, Başvuru No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Bu hallerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak “eziyet”te, ızdırap verme

¹⁷ *Cezmi Demir ve diğçerleri*, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014.

kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, AYM, Başvuru No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; yukarıda geçen Eğmez/Kıbrıs, § 78). AİHM, fiziksel saldırı, darp, psikolojik sorgu teknikleri, kötü şartlarda tutma, kişiyi kötü muamele göreceği bir yere sınır dışı ya da iade etme, devletin gözetimi altında kişinin kaybolması, kişinin evinin yok edilmesi, ölüm cezasının infazının uzunca bir süre beklenilmesinin doğurduğu korku ve sıkıntı [ölüm koridoru], çocuk istismarı gibi muameleleri “insanlık dışı muameleler” olarak nitelendirmiştir (bkz. yukarıda geçen İrlanda/Birleşik Krallık; İlaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya, [BD], AYM, Başvuru No: 48787/99, 8/7/2004, §§ 432-438; Soering/Birleşik Krallık, AYM, Başvuru No: 14038/88, 7/7/1989, § 91; Jabari/Türkiye, AYM, Başvuru No: 40035/98, 11/7/2000, §§ 41-42; Giusto/İtalya, AYM, Başvuru No: 38972/06, 15/5/2007). Bu nitelikteki muameleler Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında “eziyet” olarak nitelendirilebilir.

89. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (AYM, Başvuru No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Burada “eziyet”ten farklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır.

90...Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken, insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretimiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” muamele olarak ortaya çıkabilir.”

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde suç itirafı için uygulanan ve beş teknik olarak adlandırılan sorgu öncesi başlık geçirme, gürültü verme, uyutmama, yiyecek ve içecek vermeme ve duvar dibine dikme,¹⁸ gözaltında itiraf elde etmek amacıyla darp,¹⁹ Filistin askısı uygulanarak kolun felç olması,²⁰ cinsel organa elektrik verme,²¹ gözaltında tecavüz,²² anüse yabancı cisim sokma²³ gibi fiziksel ve ruhsal acı veren ve insan onurunu zedeleyen en ağır hak ihlalleri işkence kabul edilmektedir.

III. İŞKENCE BAŞVURULARINDA ANAYASA MAHKEMESİNİN İNCELEME YÖNTEMİ

AYM önüne gelen başvurularda ilk aşamada kabul edilebilirlik incelemesi yapmaktadır. Zaman bakımından yetki, süre aşımı, konu bakımından yetki, kişi bakımından yetki, başvuru yollarının tüketilmesi, açıkça dayanaktan yoksun olup olmama kabul edilebilirlik yönünden incelenmektedir.

Başvuru kabul edilebilirlik aşamasını geçtiği takdirde esastan bir inceleme yapılır. Esas incelemesinde devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği tartışılır.

Negatif yükümlülük, kamu görevlilerinin işkence yapmama yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülük ise genel olarak koruma yükümlülüğü ve -usul yükümlülüğü de denilen- etkili soruşturma yükümlülüğü olmak üzere ikiye ayrılır. Bireylerin maddi ve manevi bütünlüğü ve onurunun korunması için devletin bazı edimlerde bulunması gerekir. Pozitif yükümlülüklerin sınırlayıcı bir listesi yapılamasa da mevzuat oluşturma, koruma ve etkili soruşturma yükümlülüğü en önemli pozitif yükümlülüklerdendir. İşkence iddiasının aydınlatılması için devletin yapmak zorunda olduğu cezai, hukuki ve idari tüm soruşturmalar etkili soruşturma yükümlülüğünün parçasıdır.

¹⁸ **İrlanda/Birleşik Krallık**, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 18.01.1978.

¹⁹ **Cezmi Demir ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 7.07.2014.

²⁰ **Aksoy/Türkiye**, AİHM, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996.

²¹ **Koçak/Türkiye**, AİHM, Başvuru No: 32581/96, K.T. 03.05.2007.

²² **Aydın/Türkiye**, AİHM, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.09.1997.

²³ **Paduret/Moldova**, AİHM, Başvuru No: 33134/03, K.T. 05.01.2010.

AYM karar formatında etkili soruşturma yükümlülüğü yasağın “*Usul Boyutu*” başlığı altında, diğer tüm pozitif yükümlülükler ve negatif yükümlülük ise “*Maddi Boyut*” başlığı altında incelenir.

AYM’nin verdiği tüm kararlarda kararın vitrini niteliğinde “*Başvurunun Konusu*” başlıklı kısım, incelemenin hangi olayla ve temel hakla bağlantılı olduğu konusunda genellikle oldukça kısa bir serimleme cümlesini içerir.²⁴ Makalenin konusu, AYM kararlarında yasağın adlandırılmasının yapıldığı bu yerdeki kullanımın neye göre şekillendiği ve geçirdiği değişim sürecidir.

IV. SEMANTİK DEĞİŞİM

AYM’nin bireysel başvurularda zaman bakımından yetkisinin başladığı 23.09.2012 tarihinden²⁵ sonra işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin ilk kararı 06.03.2014 tarihli C.D.²⁶ kararıdır. Esas incelemesi yapılmayan bu kararda başvurunun konusu kısmında “*ışkence ve kötü muamele yasağı*”ndan bahsedilmiş, hüküm kısmında ise “*ışkence yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğuna*” karar verilmiştir.

AYM’nin 06.03.2014 ile 21.02.2019 tarihlerinde verdiği kararlarda farklı ibarelerle de olsa hemen hemen hepsinde işkence kelimesi açıkça yer almıştır. Yaklaşık beş yıllık zaman diliminde verilen kararlarda yasağa konulan isim incelemenin sonucuyla irtibatlandırılmamıştır.

Beş yıllık dilimindeki kararlarda bu yasağın, geniş bir spektrumda “*ışkence*

²⁴ Açıklamalarla ilgili zihinsel bir imge oluşması için bir örnek vermek gerekirse: “*Başvuru, kolluk görevlilerinin bir gösteriye yaptığı müdahale neticesinde meydana gelen yaralanmanın kötü muamele yasağını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.*” Bkz. **Hasan Fırat**, AYM, Başvuru No: 2015/9496, K.T. 31.10.2019.

²⁵ 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrasına göre “*Mahkeme, 23.9.2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler.*”

²⁶ **C.D.**, AYM, Başvuru No: 2013/394, K.T. 06.03.2014.

*yasağı*²⁷, “*işkence ve kötü muamele yasağı*”,²⁸ “*işkence ve eziyet yasağı*”,²⁹ “*işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı*”,³⁰ zaman zaman da “*kötü muamele yasağı*”³¹ şeklinde adlandırılmıştır.³²

- ²⁷ **Cemil Danışman**, AYM, Başvuru No: 2013/6319, K.T. 16.07.2014; **Cezmi Demir ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014; **Cengiz Çakır**, AYM, Başvuru No: 2013/7526, K.T. 20.11.2014; **Abdullah Aydar**, AYM, Başvuru No: 2013/64, K.T. 30.12.2014; **Turan Günana**, AYM, Başvuru No: 2013/3550, K.T. 19.11.2014; **Şenol Gürkan**, AYM, Başvuru No: 2013/2438, K.T. 09.09.2015; **Yusuf Karakuş ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2014/12002, K.T. 08.12.2016; **Hasip Kaplan (3)**, AYM, Başvuru No: 2015/4085, K.T. 29.11.2018; **Ali Dursun ve Müslüm Demir**, AYM, Başvuru No: 2014/12720, K.T. 19.02.2019; **İdris Yakut**, AYM, Başvuru No: 2014/10709, K.T. 21.02.2019.
- ²⁸ **Celal Büyükbayram**, AYM, Başvuru No: 2013/8546, K.T. 25.06.2015; **Ahmet Özışık**, AYM, Başvuru No: 2013/2714, K.T. 06.10.2015; **Hamdiye Aslan**, AYM, Başvuru No: 2013/2015, K.T. 04.11.2015; **Feride Kaya**, AYM, Başvuru No: 2013/2365, K.T. 20.01.2016; **Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek**, AYM, Başvuru No: 2013/8137, K.T. 20.04.2016; **Mustafa Rollas**, AYM, Başvuru No: 2014/7703, K.T. 02.02.2017; **Şahabettin Yılmaz**, AYM, Başvuru No: 2014/18172, K.T. 09.01.2018; **Azize Mihyaz ve Haval Mihyaz**, AYM, Başvuru No: 2015/11214, K.T. 10.01.2019.
- ²⁹ **Rıfat Bakır ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/2782, K.T. 11.03.2015; **Murat Karabulut**, AYM, Başvuru No: 2013/2754, K.T. 18.02.2016; **Majid Mahmoud Ahmed Aljamal**, AYM, Başvuru No: 2015/15277, K.T. 17.05.2016.
- ³⁰ **Sertaç Kılıçarslan**, AYM, Başvuru No: 2013/7090, K.T. 18.02.2016; **Alırıza Aksoy**, AYM, Başvuru No: 2013/4836, K.T. 09.03.2016; **Osman Sandıkçı**, AYM, Başvuru No: 2013/6297, K.T. 10.03.2016; **Mustafa Özbey**, AYM, Başvuru No: 2013/8705, K.T. 23.03.2016; **Sabri Kaya**, AYM, Başvuru No: 2014/8482, K.T. 29.06.2016; **I.I.**, AYM, Başvuru No: 2014/15876, K.T. 21.09.2016.
- ³¹ **Ali Rıza Özer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/3924, K.T. 06.01.2015; **Onur Cingil**, AYM, Başvuru No: 2013/7836, K.T. 16.04.2015; **Bülent Kurt**, AYM, Başvuru No: 2013/7408, K.T. 20.01.2016; **Utku Kalı (2)**, AYM, Başvuru No: 2014/1358, K.T. 12.01.2017; **G.G.K.**, AYM, Başvuru No: 2014/19797, K.T. 09.01.2018; **Ahmet Ünal**, AYM, Başvuru No: 2016/17624, K.T. 09.05.2018; **Özgür Çarpanalı**, AYM, Başvuru No: 2015/20368, K.T. 07.02.2019.
- ³² Makalenin konusunu doğrudan ilgilendirmemekle beraber AYM kararlarının künyelerinde başvuru sahiplerinin isimlerinin yer alması, başka bir deyişle AYM kararlarının adlandırılması da ele alınması gereken konulardan biridir. Anglo-Sakson hukukunda kökenini bulan bu uygulama olaysal değerlendirmelerin hâkim olduğu içtihat hukukunu benimseyen AİHM tarafından da benimsenmiştir. Ancak Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türkiye’de olaysal değerlendirmelerden ziyade ilkesel değerlendirmeler daha önemlidir. Başka bir deyişle ilkeler olayların önüne geçmektedir. AİHM’nin uygulamasına koşut olmakla birlikte

Son olarak 21.02.2019 tarihli *İdris Yakut*³³ başvurusunda işkence kelimesi karar başlığında kullanılmıştır. 21.02.2019 tarihi işkence yasağının adlandırılmasındaki beş yıllık uygulamanın terk edildiği milattır. Bu tarihten sonra maddi boyuttan da inceleme yaparak nitelendirmeye gittiği yalnız iki başvuruda AYM “*ışkence yasağı*” ibaresini kullanmıştır. Bunlar 10.10.2019 tarihli *Gülşen Polat ve Kenan Polat*³⁴ kararı ile 09.06.2020 tarihli *Feride Kaya (2)*³⁵ kararıdır. Beş yıllık uygulama döneminde yasağın adlandırılmasında - başvurunun sonucuna ya da başka bir şeye endeksli- mihenge vurulacak bir kıstas bulunmamaktadır. Milat olarak kabul edilen 21.02.2019 tarihinden sonra yasağın adlandırılmasında esas incelemede “*maddi boyutun ihlal edilmesi*” yegâne ölçüt olmuştur.

Bu tarihten sonra AYM’nin işkence yasağının yalnız maddi boyutunu inceleyerek ihlal sonucuna ulaştığı kararlarda yasağın Anayasa’nın 17. maddesinde sayılan “*ışkence ve kötü muamele*” türlerinden hangisini teşkil

Türk hukukuna yabancı bir hukuk kültürünün bu şekilde benimsenmesi kendi içinde bütünlük bozucu biçimsel çelişki olmakla kalmayacak bu biçimsel hatalar zamanla esasa da sirayet edecektir. Türk hukuk sisteminde başvurucuların/davacıların/sanıkların adıyla dosyaların anılması sürekli olarak özel hayatın ve unutulma hakkının ihlal edildiği iddialarını gündeme getirecektir.

Bu konuda AYM’nin verdiği bir kararda yaşananlar çarpıcı bir örnektir. Cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette dolaştığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası alan bir kişinin başvurusunda Anayasa Mahkemesi özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (bkz. AYM, Başvuru No: 2013/1614, K.T. 03.04.2014). Ancak aynı başvuruda başvurunun kimlik bilgilerinin kamuya açık belgelerde gizli tutulması talebi Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Kararın Resmî Gazete’de ve ulusal gazetelerde yer alması üzerine Anayasa Mahkemesine kimlik bilgilerinin gizlenmesi için müracaat eden başvuru, bu talebin reddi üzerine idare mahkemesinde dava açmak zorunda kalmış, Anayasa Mahkemesi 18.07.2018 tarihli ek kararla kimlik bilgilerinin gizlenmesine karar vermek zorunda kalmıştır. Özel hayatın gizliliğinin ihlali için yapılan bir bireysel başvuruda ihlal kararının yeni bir özel hayat ihlaline yol açtığı görülmektedir. Bu paradoksal durum basına da yansımıştır. Bkz. <<https://www.birgun.net.haber.aym-nin-siddete-yol-acan-kararina-iptal-196517>> s.e.t. 16.05.2021.

³³ **İdris Yakut**, AYM, Başvuru No: 2014/10709, K.T. 21.02.2019.

³⁴ **Gülşen Polat ve Kenan Polat**, AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019.

³⁵ **Feride Kaya (2)**, AYM, Başvuru No: 2016/13985, K.T. 09.06.2020.

ettiği tespit edilerek bir nitelendirmeye gidilmektedir. Buna göre AYM, fiil “işkençe”, “eziyet” ya da “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*”den hangisine uymaktaysa “*işkençe yasağının ihlal edildiğine*”,³⁶ “*eziyet yasağının ihlal edildiğine*”,³⁷ “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine*”³⁸ karar verme yolunu seçmektedir. Bu paragrafın dipnotlarında gösterilen bu kararlarda yasağın usul boyutu yanı sıra maddi boyutundan da ihlal kararı verildiğinin altı çizilmelidir.

21.02.2019 tarihinden sonra verilen; kabul edilemezlik kararlarında,³⁹ yasağın maddi ve/veya usul boyutunun ihlal edilmediği kararlarında⁴⁰ ve yalnız

³⁶ **Gülşen Polat ve Kenan Polat**, AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019; **Feride Kaya (2)**, AYM, Başvuru No: 2016/13985, K.T. 09.06.2020.

³⁷ **Doğukan Bilir**, AYM, Başvuru No: 2014/15736, K.T. 29.05.2019; **Kemalettin Rıdvan Yalın**, AYM, Başvuru No: 2014/6220, K.T. 18.07.2019; **Cebrail Bektaş ve Yüksel Şahin**, AYM, Başvuru No: 2015/4787, K.T. 25.09.2019; **Abdullah Süngü**, AYM, Başvuru No: 2016/7039, K.T. 28.11.2019; **Cihan Mutlu**, AYM, Başvuru No: 2016/9422, K.T. 13.02.2020; **Y.K.**, AYM, Başvuru No: 2016/14347, K.T. 02.06.2020; **Adem Erden (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/36537, K.T. 03.11.2020; **İbrahim Akan (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/32078, K.T. 25.02.2021; **Şadiye Dilan Doğan**, AYM, Başvuru No: 2016/9604, K.T. 07.04.2021.

³⁸ **Güven Boğa**, AYM, Başvuru No: 2014/17222, K.T. 03.07.2019; **Naif Bal (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/2465, K.T. 11.09.2019; **Hıdır Kanak**, AYM, Başvuru No: 2015/12002, K.T. 23.10.2019; **Ender Ergün**, AYM, Başvuru No: 2016/1849, K.T. 19.11.2019; **Betül Öztürk Gülhan ve Sıla Koç**, AYM, Başvuru No: 2016/12937, K.T. 10.12.2019; **Ayşe Adanalı**, AYM, Başvuru No: 2016/76401, K.T. 13.02.2020; **Egemen Budak**, AYM, Başvuru No: 2016/14870, K.T. 09.06.2020; **Erdoğan Akdoğan**, AYM, Başvuru No: 2017/17795, K.T. 16.09.2020; **Tayfun Yıldırım**, AYM, Başvuru No: 2018/22602, K.T. 10.02.2021; **Alp Altınörs**, AYM, Başvuru No: 2018/2790, K.T. 25.02.2021.

³⁹ **Muhsin Candan**, AYM, Başvuru No: 2015/5784, K.T. 06.03.2019; **Süleyman Savat**, AYM, Başvuru No: 2015/18154, K.T. 04.07.2019; **Aziz Albak**, AYM, Başvuru No: 2015/19710, K.T. 16.01.2020; **Songül Yaşa**, AYM, Başvuru No: 2016/6750, K.T. 17.06.2020; **Mustafa Sunar**, AYM, Başvuru No: 2017/40338, K.T. 12.01.2021; **Funda Akdeniz Geçer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2018/16685, K.T. 11.02.2021.

⁴⁰ **Ceyda Sungur**, AYM, Başvuru No: 2015/14363, K.T. 03.04.2019; **Ali Şafak**, AYM, Başvuru No: 2015/2853, K.T. 03.07.2019; **Mustafa Rençber ve Ahmet Rençber**, AYM, Başvuru No: 2016/3866, K.T. 13.02.2020; **Emre Erdem**, AYM, Başvuru No: 2017/30219, K.T. 20.10.2020.

usul boyutuna ilişkin ihlal kararlarında⁴¹ “*kötü muamele*” yasağı ibaresi kullanılmaya başlamıştır.

Görüldüğü gibi 21.02.2019 tarihinden sonra AYM’nin eylemi niteleyerek işkence yasağının ihlal edildiğine karar verdiği iki kararı dışında bu ibare kullanılmamıştır. İşkence kelimesinden kaçınarak işkenceyle mücadele iradesi ortaya konulabilir mi?

Adların hepsinin en azından bir doğruluğu vardır, o da var olanların her birinin nasıl olduğunu ifşa etmesidir.⁴² Söylemek de edimlerden biridir.⁴³ O hâlde bir kimse kendine uygun görüldüğü üzere nasıl söylemesi gerekiyorsa öyle söylediğinde mi doğru bir biçimde söyleyecektir yoksa olguları söylemenin ve onların söylenmesinin doğasına, kendilerinde bulunan özüne göre mi söylerse söylemekte daha iyi bir iş çıkaracaktır? Bu durumda söylemin bir parçası olan adlandırma aynı zamanda nitelendirmenin de parçasıdır.⁴⁴

İnsanı diğer canlılardan ayıran dil, gereksinimlerine göre doğal olarak biçimlenir; yeni gereksinimlere göre değişir ve dönüşür. İnsan başka biri tarafından hissedilen, düşünen ve kendine benzeyen bir varlık olarak tanındığı anda ona kendi hislerini ve düşüncelerini iletme ihtiyacı, bunun araçlarını aramaya yönelir. Bu araçlar, insanın başkası üzerinde etkide bulunabilmesinin tek aleti olan duyulardan çıkabilir sadece. Düşünceyi anlatmak için kullanılan duyulur işaretlerin kuruluşunun özeti budur.⁴⁵

Kavramlardaki değişimin -bilinçli bir tercih olup olmadığından bağımsız olarak- işkenceyle mücadelede birtakım yansımaları olacaktır. Kavramdaki

⁴¹ **Mehmet Ali Bakır**, AYM, Başvuru No: 2015/17072, K.T. 07.03.2019; **Sinan Işık (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/12734, K.T. 25.09.2019; **G.Y.**, AYM, Başvuru No: 2016/1669, K.T. 15.01.2020; **Davut Yıldız (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/39073, K.T. 01.07.2020; **Suat Eren**, AYM, Başvuru No: 2018/3081, K.T. 11.02.2021; **İbrahim Halil Baran**, AYM, Başvuru No: 2017/27013, K.T. 19.11.2020; **R.Ç.**, AYM, Başvuru No: 2018/6688, K.T. 24.02.2021.

⁴² **Platon**, s. 157.

⁴³ **Platon**, s. 59.

⁴⁴ **Platon**, s. 61.

⁴⁵ **Rousseau, Jean-Jacques** (1990) *Essai sur l'origine des langues où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, Folio Essais, (Çeviren: Albayrak, Ömer (2017) *Melodi ve Müziksel Taklit ile İlişkisi İçinde Dillerin Kökeni Üstüne Deneme*, 6. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları), s. 87.

yumuşama, daha işin en başında konusu işkence olan başvurularda AYM'in hakkaniyetli bir karar alma niyetinin bulunup bulunmadığı ve sürecin gerektiği gibi işleyip işlemeyeceği tartışmasına davetiye çıkaracaktır. Kavram seçimindeki bu semantik açılım yeni bir “önemsiz adlandırma girişimi” mi yoksa “adlandırmanın önemsizleştirilmesi” midir?

V. SEMANTİK DEĞİŞİMİN ELEŞTİRİSİ

Ad bilgi verici bir alet ve özün bir ayrıdır.⁴⁶ Bir aletin kendi doğasına göre keşfedilerek yapılacağı malzemenin buna göre tayin edilmesi, yapan kişinin iradesine göre değil onun doğasına uygun olması gerekir.⁴⁷

Bir olgunun ad olarak kavramlaştırılmasının amacı ona mana vermektir. Kavramlar delalet ettiği şeyin anlamını yeterince kuşatmıyorsa kavram tercihi isabet edilmemiştir.

Kavramların niteliklerinden kaynaklanan özgünlükleri direnç gücünü de sergiler. Kavramların da bir yaşama gücü ve çizgisi vardır. Kavramlar, hoyrat ve yoz kullanımda aşınır; kavramların anlam yükü ve değerinde eksilme doğabilir. Kavramın belirli bir tarihsel evrede üstlendiği işlev yani onu kullananlar için karşıladığı anlam, tarih açısından göreceli ve geçicidir. Nedir bu bağlamda altı çizilen? Daha çok kötü kullanımın yarattığı etkiler. Kısacası kavram yorgun düşer ve umulan etkiyi doğurmaz, beklenen işlevi göremez olur. İşte Türkiye’de rafa kaldırılmaya aday kavramlarından biri de işkencedir.⁴⁸

Ulusal ve uluslararası sözleşmelerde ve literatürde “*işkence ve kötü muamele yasağı*” olarak yerleşen bir kavramın değiştirilmesinin birtakım menfi sonuçları olacaktır. Bu değişimin bir önemi ve gayesi bulunmaktadır. “*İşkence ve kötü muamele yasağı*” ile “*kötü muamele yasağı*” arasında bir fark bulunmasaydı ilkinin terk edilerek ikincisinin tercih edilmesine gerek kalmazdı.

İşkence ve kötü muamele yasağının anlatıldığı teori ve pratik kitaplarında “*kötü muamele yasağı*” kavramı tek başına hiç tercih

⁴⁶ Platon, s. 63.

⁴⁷ Platon, s. 67.

⁴⁸ Gemalmaz, s. 244.

edilmemiştir.⁴⁹ “Kötü muamele” kavramı “işkençe dışında kalan muameleleri” karşılamakta ve diğerleri içinde en barbar ve zalimane olanlarını da kapsadığı için “işkençe” jenerik bir kavram olarak kullanılmaktadır.⁵⁰

İşkençe kavramının rafa kaldırılması işkençe faillerini cesaretlendirerek onlara örtülü bir destek hâline gelmeyecek midir? Scott’un bu konudaki uyarı niteliğindeki tespitleri şöyledir:

“Tatsız olaylardan konuşmaktan ya da bunlara tanıklık etmekten ısrarla kaçınan insanlar vardır. Pis, iğrenç ve hoş olmayan şeylere karışmaktansa yaşamın parlak, hoş ve tatlı yanlarına bakmanın çok daha iyi olduğunu iddia ederler. Böyle bir tutumu benimseyen insanlar şu ya da bu biçimde zihinsel bir üstünlük sergilediklerini mi sanıyorlar doğrusu bilemiyorum. Tek bildiğim, bu yolla toplumda hüküm süren kötülüğe cesaret aşıladıklarıdır. Rahatsız eden, nefret uyandıran ya da çirkin olan her şeyi, kibirle ve gönül rahatlığıyla olmamış gibi kabul edip gözlerini kaparlar. Zulümden haberdar olmamanın zulme destek vermeme anlamına geldiği düşüncesindedirler. Bu tutum, düzelmenin baş düşmanlarından biridir.”⁵¹

Bir kavramın kapsamı arttıkça içlemi daralır. Bir kavramın kapsadığı, işaret ettiği, hatırlattığı konular o kavramın kapsamındadır. Buna karşılık aynı kavram, işaret ettiği konuların ve nesnelere ortak özelliklerinin bilgisinin, anlamının bizce de hatırlanmasını sağlar. Bu da onun içlemidir. Bir kavramın içlemine belirlemek o kavramın anlamını belirlemek demektir.⁵² Bir kavramın açıklığı onun kapsamına, seçkinliği ise içlemine aittir. Bir kavramın açık olması demek onun kapsamına giren kavramların hangileri olduğunu bilmek demektir. Bir kavramın seçik olması demekse o kavramın işaret ettiği nesnenin

⁴⁹ Bkz. **Doğru, Osman** (2006) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkençe ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, Legal Yayıncılık; **Boyar, Oya** (2013) “İşkençe ve Kötü Muamele Yasağı”: İnceoğlu, Sibel (Editör) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara, Avrupa Konseyi, s. 137; **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 71.

⁵⁰ **Anayurt** (2008) s. 421, 423; **Doğru/Nalbant**, s. 125.

⁵¹ **Scott, George Ryley** (1995) A History of Torture, Christchurch Publishers Ltd, (Çeviren: Koyukan, Hamide (2001) İşkençenin Tarihi, Ankara, Dost Kitabevi) s. 11, 12.

⁵² **Özlem, Doğan** (2016) Mantık, 16. Baskı, İstanbul, Notos Kitap Yayınevi, s. 97, 98.

hangi özellikleri olduğunu, ona ne gibi yüklemeler verebileceğimizi görmek yani onun işlemini bilmek demektir. İşte bu nedenle seçik bir kavramın mutlaka açık olması gerekir çünkü bir kavramın işlemini biliyorsak kaplamı kendiliğinden ortaya çıkar. Oysa kaplamı bilmek işlemi bilmek için yeterli değildir.⁵³

Her kavram işlemi ve kaplamı bakımından iki yüzlü bir ayna gibidir ve bu yüzlerden biri kavramın kaplamını, diğeri işlemini belirtir. Bir kavramın kaplamının geniş olması demek o kavramın çok sayıda konuya ve nesneye uygun olması, bunları işaret edebilmesi demektir. Aynı kavramın işleminin zengin olması demek o kavramın içerdiği özelliklerin yani kavramın anlamının zengin olması demektir. İşleme kaplam arasında ters orantı bulunmaktadır. Bu şu demektir: Bir kavramın kaplamı çoğalınca işlemi, işlemi çoğalınca kaplamı azalır.⁵⁴

Mantık kitaplarındaki kaplam-çilem açıklamalarından şu sonuçlar çıkarılabilir: Kavramsallaştırmada işkence teriminin terk edilmesi kavramın işlemini kısmen tahliye edecektir. Kelimeler, anlama delalet eden lafızdır. “*Kötü muamele*” kavramının delalet ettiği şey, 3. maddedeki en şiddetli kalemi (işkence) dışlamaktadır.

Kavrama yeni bir biçim ve içerik giydirmekle sonuçlanan bu tercihin pek çok sebebi olabilir. Önümüzde duran ihtimaller yelpazesi hangi rüzgârdan etkilenmiştir?

Bunlardan ilk akla geleni Türkiye’de işkence vakalarının artık yok olmaya yüz tuttuğunu sergilemektir. Bu iddia, istatistiklere göre⁵⁵ 1959-2020 yılları arasında işkenceden hiç mahkûm edilmemiş Avrupa Konseyi üyesi 24 devlet açısından anlamlı olabilir. AIHM tarafından işkence yasağının maddi boyutu yönünden verilen toplam 171 ihlal kararından 31’inin Türkiye aleyhine olduğu dikkate alındığında bu iddianın temenniden öte bir anlamı yoktur.

İhtimallerden biri de işkence yasağının dimağlardaki nesnel ve sentetik işlemini semantik ve sanrısız olarak ekseninden kaydırma gayretidir. AYM’nin

⁵³ Özlem, s. 83.

⁵⁴ Özlem, s. 98.

⁵⁵ <https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf>
16.5.2021.

uygulamaya koyulduğu işkence yasağından kötü muameleyle kayan bu sanrısız değişimde, kuvvetler ayrılığı sistemine göre devletin egemenlik yetkisini paylaşan ve kullanan yargı erkinin diğerleri karşısındaki zayıflamasının izi sürülebilir.

Diğer bir olasılık da işkence yasağının epistemolojini değiştirme arzudur. Zira sözcükler, onların düşündüğümüz doğasının anlamı yanı sıra konuşmacının doğasını, kişiliğini ve ilgilerini de ifade eder.⁵⁶ Epistemolojik değişimin boyutu zamanla işkence yasağının ontolojisini zedeleyerek insanların bir türlü üzerinde uzlaşamadıkları hakkaniyet duygusunu aşındıracaktır.

İnsan hakları, pozitif hukukun bir parçası hâline geldikten sonra devletin onda içkin talepleri yerine getirme yükümlülüğü doğar. Yükümlülük ve garantörlüğün aynı adreste bulunduğu yerde devlet artık kendi davasının yargıcısıdır. Devlete kendisine yönelik yasaklara uyma ödevi yüklenmiştir. İşte bu paradoksal durum insan hakları pratiğinde önemli bir anafordur.⁵⁷ Ad (onoma) ve yasa (nomos) arasındaki sıkı bağ düşünüldüğünde ad ekseninde “*tayin edilen*” de bir tür yasadır.⁵⁸ Faillik ve yargıçlığın iç içe girdiği bu girdaptan çıkışın tek formülü kendi davasının yargıcı olan devletin kendi koyduğu hukuk normlarını kendisi hakkında daha katı uygulamasıdır.

İnsan hakları dilinin gelişimi yapay devrimlerle sağlanamaz. Dillerin konsilleri veya karar almaya yetkili kurulları yoktur. Diller, yolundan sapmış kurumlar gibi ıslah edilmez.⁵⁹

Görüldüğü üzere “*kötü muamele*”, “*eziyet*”, “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele*” kavramlarından hiçbiri işkence sözcüğünün işlevini karşılamamaktadır. Bu nedenle evrensel insan hakları mirasına sahip çıkmak

⁵⁶ **Hobbes, Thomas** (1977) *Leviathan; Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 13. Baskı, New York, Collier Books (Çeviren: Lim, Semih (2017) *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, 15. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları), s. 42.

⁵⁷ **Sancar, Mithat** (2014) “Devlet Aklı” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları, s. 124.

⁵⁸ **Platon**, s. 33.

⁵⁹ **Renan, Ernest** (1848) *De l'origine du langage*, (Çeviren: Altınörs, Atakan (2015) *Dilin Kökeni Üzerine*, 2. Baskı, İstanbul, Bilge Kültür Sanat Yayınevi), s. 69.

için “işkençe” ve “kötü muamele” kelimelerinin yan yana, bir arada kullanılmasına devam edilmesi gerekir.⁶⁰ Bu gereklilik Sözleşme’nin dinamik yorumunu⁶¹ reddeden “vahyedilmiş dil tezi”⁶² savunusu değildir.

SONUÇ

Mevzuat ve literatürde standartlaşmış, homojen ve üzerinde mutabık kalınmış bir kavram olan “işkençe ve kötü muamele yasağı”ndan “işkençe” kelimesinin kırılması, kavram ve içeriğin diyalektik etkileşimi düşünüldüğünde hukuksal gerçekliği kavramsal bir maskeyle kalıntıya dönüştürecektir.

Gerçek, yazılı ve sözlü ifadelerde kullanılan adların doğru sıralanışından oluştuğuna göre mutlak gerçeği arayan insan; kullandığı her bir adın neyi temsil ettiğini hatırd tutmak ve onu uygun biçimde kullanmak zorundadır.⁶³ Sözcüklerin sansürlenmesi işkençeye mücadelede ve işkençe yasağına dikkat çekmek için elverişli bir yöntem değildir.

Yasağın ontolojisini idrak sorunu olan bu yöntem, düşünce ve anlama gücünün bilerek ve isteyerek örtüldüğü bir bilinçsizlik yoludur. İşkençe yasağını öz ekseninden kaydırarak gerçek üstü/dışı anlayışla gayesine yabancılaştırarak bir yol. Yasak üzerinde küçük kavramsal oyunlarla yeni bir ara yüz/bölge arayışı. Sonucu edilgen ve işlevsiz, evrensel tasarımı bozulmuş, mutlaklıktan muğlaklığa büründürülmüş bir yasak.

Aporetik bir sonuç olmak üzere “Sakın bunca araştırma beyhude bir çabadan ibaret, gerçeğe ulaşmanın yolu adları değil bizatihi olguları incelemekten geçiyor olmasın.”⁶⁴

⁶⁰ **Anayurt** (2008) s. 425.

⁶¹ Konu ve amacına yapılan vurgu dolayısıyla Sözleşme’nin dinamik veya evrimsel biçimde yorumlanması gerektiği hakkında açıklamalar için bkz. **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 7, 8.

⁶² İnsanda dili icat etmeye yeterli kapasite bulunmadığı, bu suretle dili bayağı icatlar alanından çıkararak ona yüksek bir yer tahsis etmek ve Tanrı’dan gelen semavi bir ihsan olarak bahşedilmiş olduğu fikrini temel alan bu teze karşı eleştirel yaklaşım için bkz. **Renan**, s. 26 vd., 61 vd.

⁶³ **Hobbes**, s. 38.

⁶⁴ **Platon**, s. 38.

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer** (2000) “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”: Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, Ankara, TODAİE, s. 47-57.
- Anayurt, Ömer** (2008) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Atilla Özer’e Armağan) C: 12, S: 1, 2, s. 421-459.
- Anayurt, Ömer** (2009) “İnsan Hakları Bölgesel Koruma Sistemlerinde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”: Doğan, İlyas (Editör) İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, s. 181-212.
- Boyar, Oya** (2013) “İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”: Inceoğlu, Sibel (Editör) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ankara, Avrupa Konseyi, s. 137-157.
- Doğan, İlyas** (2015) “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”: Doğan, İlyas (Editör) İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, s. 43-75.
- Doğru, Osman** (2006) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla** (2012) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1. Cilt, İstanbul, Avrupa Konseyi.
- Gemalmaz, Mehmet Semih** (1998) “İnsan Hakları: Temellendirilmesinden Tanımlanmasına”, Bahri Savcı’ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, s. 244-259.
- Harris, David/O’Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla** (2009) Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press (Çeviren: Kılıcı, Mehveş Bingöllü/Karan, Ulaş (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 1. Baskı, Avrupa Konseyi).

- Heper, Altan** (2012) “Kültürlerarası İlişki Bağlamında İnsan Onuru”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi (Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına) 24. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, s. 15-27.
- Hobbes, Thomas** (1977) *Leviathan; Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 13. Baskı, New York, Collier Books, (Çeviren: Lim, Semih (2017) *Leviathan veya Bir Din ve Dünya Devletinin İçeriği, Biçimi ve Kudreti*, 15. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları).
- Özlem, Doğan** (2016) *Mantık*, 16. Baskı, İstanbul, Notos Kitap Yayınevi.
- Platon** (2016) *Kratylos, Giriş, Metin, Çeviri ve Dizinler*, 1. cilt, (Eski Yunanca aslından çeviren: Gören, Erman) İstanbul, Dergâh Yayınları.
- Renan, Ernest** (1848) *De l'origine du langage*, (Çeviren: Altınörs, Atakan (2015) *Dilin Kökeni Üzerine*, 2. Baskı, İstanbul, Bilge Kültür Sanat Yayınevi).
- Rousseau, Jean-Jacques** (1990) *Essai sur l'origine des langues où il est parlé de la mélodie et de l'imitation musicale*, *Folio Essais*, (Çeviren: Albayrak, Ömer (2017) *Melodi ve Müziksel Taklit ile İlişkisi İçinde Dillerin Kökeni Üstüne Deneme*, 6. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları).
- Sancar, Mithat** (2014) “Devlet Aklı” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 7. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları.
- Scott, George Ryley** (1995) *A History of Torture*, Christchurch Publishers Ltd, (Çeviren: Koyukan, Hamide (2001) *İşkencenin Tarihi*, Ankara, Dost Kitabevi).

AYM Kararları

- Abdullah Aydar**, AYM, Başvuru No: 2013/64, K.T. 30.12.2014.
- Abdullah Süngü**, AYM, Başvuru No: 2016/7039, K.T. 28.11.2019.
- Adem Erden (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/36537, K.T. 03.11.2020.
- Ahmet Özışık**, AYM, Başvuru No: 2013/2714, K.T. 06.10.2015.

- Ahmet Ünal**, AYM, Başvuru No: 2016/17624, K.T. 09.05.2018.
- Ali Dursun ve Müslüm Demir**, AYM, Başvuru No: 2014/12720, K.T. 19.02.2019.
- Alırıza Aksoy**, AYM, Başvuru No: 2013/4836, K.T. 9.3.2016.
- Ali Rıza Özer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/3924, K.T. 06.01.2015.
- Ali Şafak**, AYM, Başvuru No: 2015/2853, K.T. 03.07.2019.
- Alp Altınörs**, AYM, Başvuru No: 2018/2790, K.T. 25.02.2021.
- Ayşe Adanalı**, AYM, Başvuru No: 2016/76401, K.T. 13.02.2020.
- Aziz Albak**, AYM, Başvuru No: 2015/19710, K.T. 16.01.2020.
- Azize Mihyaz ve Haval Mihyaz**, AYM, Başvuru No: 2015/11214, K.T. 10.01.2019.
- Betül Öztürk Gülhan ve Sıla Koç**, AYM, Başvuru No: 2016/12937, K.T. 10.12.2019.
- Bülent Kurt**, AYM, Başvuru No: 2013/7408, K.T. 20.01.2016.
- C.D.**, AYM, Başvuru No: 2013/394, K.T. 06.03.2014.
- Cebrail Bektaş ve Yüksel Şahin**, AYM, Başvuru No: 2015/4787, K.T. 25.09.2019.
- Celal Büyükbayram**, AYM, Başvuru No: 2013/8546, K.T. 25.06.2015.
- Cemil Danışman**, AYM, Başvuru No: 2013/6319, K.T. 16.07.2014.
- Cengiz Çakır**, AYM, Başvuru No: 2013/7526, K.T. 20.11.2014.
- Cengiz Kahraman ve Kenan Özyürek**, AYM, Başvuru No: 2013/8137, K.T. 20.04.2016.
- Ceyda Sungur**, AYM, Başvuru No: 2015/14363, K.T. 03.04.2019.
- Cezmi Demir ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/293, K.T. 17.07.2014.
- Cihan Mutlu**, AYM, Başvuru No: 2016/9422, K.T. 13.02.2020.
- Davut Yıldız (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/39073, K.T. 01.07.2020.

- Doğukan Bilir**, AYM, Başvuru No: 2014/15736, K.T. 29.05.2019.
- Egemen Budak**, AYM, Başvuru No: 2016/14870, K.T. 09.06.2020.
- Emre Erdem**, AYM, Başvuru No: 2017/30219, K.T. 20.10.2020.
- Ender Ergün**, AYM, Başvuru No: 2016/1849, K.T. 19.11.2019.
- Erdoğan Akdoğdu**, AYM, Başvuru No: 2017/17795, K.T. 16.09.2020.
- Feride Kaya**, AYM, Başvuru No: 2013/2365, K.T. 20.01.2016.
- Feride Kaya (2)**, AYM, Başvuru No: 2016/13985, K.T. 09.06.2020.
- Funda Akdeniz Geçer ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2018/16685, K.T. 11.02.2021.
- Gülşen Polat ve Kenan Polat**, AYM, Başvuru No: 2015/4450, K.T. 10.10.2019.
- Güven Boğa**, AYM, Başvuru No: 2014/17222, K.T. 03.07.2019.
- G.G.K.**, AYM, Başvuru No: 2014/19797, K.T. 09.01.2018.
- G.Y.**, AYM, Başvuru No: 2016/1669, K.T. 15.01.2020.
- Hamdiye Aslan**, AYM, Başvuru No: 2013/2015, K.T. 04.11.2015.
- Hasan Fırat**, AYM, Başvuru No: 2015/9496, K.T. 31.10.2019.
- Hasip Kaplan (3)**, AYM, Başvuru No: 2015/4085, K.T. 29.11.2018.
- Hıdır Kanak**, AYM, Başvuru No: 2015/12002, K.T. 23.10.2019.
- I.I.**, AYM, Başvuru No: 2014/15876, K.T. 21.09.2016.
- Işıl Yaykır**, AYM, Başvuru No: 2013/2284, K.T. 15.4.2014.
- İbrahim Akan (2)**, AYM, Başvuru No: 2017/32078, K.T. 25.02.2021.
- İbrahim Halil Baran**, AYM, Başvuru No: 2017/27013, K.T. 19.11.2020.
- İdris Yakut**, AYM, Başvuru No: 2014/10709, K.T. 21.02.2019.
- Kemalettin Rıdvan Yalın**, AYM, Başvuru No: 2014/6220, K.T. 18.07.2019.
- Majid Mahmoud Ahmed Aljamal**, AYM, Başvuru No: 2015/15277, K.T. 17.05.2016.

- Mehmet Ali Bakır**, AYM, Başvuru No: 2015/17072, K.T. 07.03.2019.
- Muhsin Candan**, AYM, Başvuru No: 2015/5784, K.T. 06.03.2019.
- Murat Karabulut**, AYM, Başvuru No: 2013/2754, K.T. 18.02.2016.
- Mustafa Özbey**, AYM, Başvuru No: 2013/8705, K.T. 23.03.2016.
- Mustafa Rençber ve Ahmet Rençber**, AYM, Başvuru No: 2016/3866, K.T. 13.02.2020.
- Mustafa Rollas**, AYM, Başvuru No: 2014/7703, K.T. 02.02.2017.
- Mustafa Sunar**, AYM, Başvuru No: 2017/40338, K.T. 12.01.2021.
- Naif Bal (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/2465, K.T. 11.09.2019.
- Onur Cingil**, AYM, Başvuru No: 2013/7836, K.T. 16.04.2015.
- Osman Sandıkçı**, AYM, Başvuru No: 2013/6297, K.T. 10.03.2016.
- Özgür Çarpanalı**, AYM, Başvuru No: 2015/20368, K.T. 07.02.2019.
- R.Ç.**, AYM, Başvuru No: 2018/6688, K.T. 24.02.2021.
- Rıfat Bakır ve diğerleri**, AYM, Başvuru No: 2013/2782, K.T. 11.03.2015.
- Sabri Kaya**, AYM, Başvuru No: 2014/8482, K.T. 29.06.2016.
- Sertaç Kılıçarslan**, AYM, Başvuru No: 2013/7090, K.T. 18.02.2016.
- Sinan Işık (2)**, AYM, Başvuru No: 2015/12734, K.T. 25.09.2019.
- Songül Yaşa**, AYM, Başvuru No: 2016/6750, K.T. 17.06.2020.
- Suat Eren**, AYM, Başvuru No: 2018/3081, K.T. 11.02.2021.
- Süleyman Savat**, AYM, Başvuru No: 2015/18154, K.T. 04.07.2019.
- Şadiye Dilan Doğan**, AYM, Başvuru No: 2016/9604, K.T. 07.04.2021.
- Şahabettin Yılmaz**, AYM, Başvuru No: 2014/18172, K.T. 09.01.2018.
- Şehnaz Ayhan**, AYM, Başvuru No: 2013/6229, 15. K.T. 04.2014.
- Şenol Gürkan**, AYM, Başvuru No: 2013/2438, K.T. 09.09.2015.
- Tayfun Yıldırım**, AYM, Başvuru No: 2018/22602, K.T. 10.02.2021.

Turan Günana, AYM, Başvuru No: 2013/3550, K.T. 19.11.2014.

Utku Kalı (2), AYM, Başvuru No: 2014/1358, K.T. 12.01.2017.

Y.K., AYM, Başvuru No: 2016/14347, K.T. 02.06.2020.

Yusuf Karakuş ve diğerleri, AYM, Başvuru No: 2014/12002, K.T. 08.12.2016.

AİHM KARARLARI

Aksoy/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 21987/93, K.T. 18.12.1996.

Al-Adsani/Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 35763/97, K.T. 21.11.2001.

Aydın/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 23178/94, K.T. 25.9.01997.

İrlanda/Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 5310/71, K.T. 19.01.1978.

Koçak/Türkiye, AİHM, Başvuru No: 32581/96, K.T. 03.05.2007.

Othman (Abu Qatada)/Birleşik Krallık, AİHM, Başvuru No: 8139/09, K.T.
17.01.2012.

Paduret/Moldova, AİHM, Başvuru No: 33134/03, K.T. 05.01.2010.

ÖZEL HUKUK

TÜRK VATANDAŞI ÇOCUKLARIN YABANCI EBEVEYNLERİNİN AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI KAPSAMINDA TÜRKİYE'DE İKAMETİ*

Doç. Dr. Musa AYGÜL**

Arş. Gör. Ranegül CAMİZ***

ÖZET

Günümüzde özellikle boşanmaların artması ve çocuğun velayetinin eşlerden birisine verilmesi ile tek ebeveynli ailelerin sayısında bir artış meydana gelmiştir. Bunun yanı sıra çocuğun evlilik dışı dünyaya gelmiş olması veya eşlerden birinin vefat etmiş olması durumunda da tek ebeveynli ailenin varlığı söz konusu olmaktadır. AİHM ve AYM'nin içtihatları dikkate alındığında, çocuk ve tek ebeveynden oluşan birliktelikler de aile sayılmaktadır. Ayrıca aile birleşimi, aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

AİHS, taraf devletlere yabancıyı ülkelerine kabul noktasında bir yükümlülük getirmemektedir. Göç ile ilgili konularda devletlerin egemenlik hakkına istinaden geniş takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak aile hayatına saygı hakkı kapsamında aile birleşimi sebebiyle ikamet izni verilmesinde devletin takdir yetkisi bazı sınırlamalara tâbidir.

Devletin aile hayatına müdahalede bulunması için; müdahalenin kanuna dayanması, orantılı olması, demokratik toplum gereklerine aykırı olmaması ve meşru olması gerekmektedir. Ayrıca AİHM, aile hayatının başka bir ülkede kurulmasının mümkün olmamasını da bir şart olarak aramaktadır. Tüm bu şartlar değerlendirilirken çocuğun yüksek yararının da dikkate alınması gerekmektedir.

Çocuğun yüksek yararı, aile birleşimi kapsamında yabancı ebeveynin ülkeye kabulünü zorunlu kılabilir. Çalışma esas olarak, Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveyninin Türkiye'de ikamet etmesi konusundadır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun mevcut halinde aile birleşimine dayalı ikamet iznini düzenleyen doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Çalışmada Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveyninin hangi tür ikamet izni ile Türkiye'de ikamet edebileceği, olan ve olması gereken hukuk bağlamında incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aile Birleşimi Hakkı, Aile İkamet İzni, Çocuğun Yüksek Yararı, Tek Ebeveynli Aileler.

* DOI:10.33432/ybuhukuk.949321 - Geliş Tarihi: 07.06.2021 - Kabul Tarihi: 08.07.2021.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, musaaygul1@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0363-910.

*** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ranegul@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-7011-3807.

THE RESIDENCE OF FOREIGN PARENTS OF TURKISH CITIZENSHIP HOLDER CHILDREN IN THE TERMS OF THE RIGHT TO RESPECT TO FAMILY LIFE

ABSTRACT

Nowadays, there has been an increase in the number of single-parent families, especially with the rise of divorce and the custody of the child was given by one of the spouses. In addition, single-parent families also emerge if the child is born out of wedlock or if one of the spouses has passed away. Considering the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Constitutional Court, relationships consisting of a child and a single parent are also accepted as family. Besides, family reunification is considered within the scope of the right to respect for private and family life.

The European Convention on Human Rights (ECHR) does not impose an obligation on state parties to admit foreigners to their countries. It is acknowledged that state parties have a wide margin of appreciation based on the right to sovereignty in matters related to immigration. However, within the scope of the right to respect for family life, the state's discretionary power is subject to certain restrictions in granting residence permit due to family reunification.

In order to intervene in the family life, the intervention must be prescribed by law, must be proportionate, must not be contrary to the requirements of democratic society and must be legitimate. Besides, the ECtHR seeks another condition whether it is possible to establish family life in another country or not. While evaluating all these conditions, the best interests of the child should also be taken into account.

The best interests of the child may require the admission of the foreign parent to the country within the scope of family reunification. The study is mainly concerned with the residence of the foreign parent of the child who is a Turkish citizen in Turkey. Currently, there is no direct provision regulating residence permit based on family reunification in the Foreigners and International Protection Law No. 6458. In this study, it is examined that which type of residence permit the foreign parent of the child who is a Turkish citizen can reside in terms of the positive law (*de lege lata*) and the law that should be (*de lege ferenda*).

Keywords: Right to Family Reunification, Family Residence Permit, The Best Interests of the Child, Single-parent Families.

GİRİŞ

Günümüzde farklı ülke vatandaşlarının evlenmesi ya da evlenmeden birlikte yaşaması ve bu ilişkiler sonucunda çocuk dünyaya gelmesi oldukça sık karşılaşılan bir durum hâline gelmiştir. Bu nedenle, bir ailedeki bireylerin farklı vatandaşlıkları haiz olması da şaşırtıcı değildir. Çok vatandaşlıklı aileler, aile hayatlarını kurup sürdürmek için yer seçmekte özgürdürler. Kişiler, eşlerden birisinin ülkesinde yaşayabilecekleri gibi üçüncü bir ülkede yaşamayı da tercih edebilirler. Ancak aile üyelerinden birisinin vatandaşlığına sahip olmadığı bir ülkede yaşayabilmesi için, o ülke kanunlarına göre geçerli bir ikamet iznine sahip olması gerekmektedir.

Farklı vatandaşlığa sahip bireylerden oluşan ailenin korunması, ailenin bir arada yaşamasına imkân verilmesini gerektirmektedir. Diğer bir ifade ile farklı vatandaşlıkları haiz kimselerden oluşan ailenin bir ülkede birleşebilmesine izin verilmesi gerekmektedir.

Ailenin korunması, devletlere bir yükümlülük olarak getirilmekle beraber; konu devletin göç politikasını da ilgilendirdiğinden, devletler aile birleşimi konusunda birtakım şartların gerçekleşmesini arayabilmektedirler. Göç ile ilgili konularda devletlerin egemenlik hakkına istinaden geniş takdir yetkisi olduğu kabul edilse de devletin bu konudaki yetkisi uluslararası hukukta bazı sınırlamalara tâbi olabilmektedir. Bu sınırlamalardan ilki ve en önemlilerinden birisi de çocuğun yüksek yararı ilkesidir. AİHM kararlarında da sıklıkla çocuğun yüksek yararı ilkesine atıfta bulunmaktadır. Ancak bu ilke, göç hukuku bağlamında devletin egemenlik hakkına karşı bir tehlike arz etmektedir.

Çalışma esas olarak, evlilik birliğinin söz konusu olmadığı hallerde Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveyninin Türkiye’de ikamet etmesi konusundadır¹. Bu durum çocuğun evlilik birliği dışında doğmuş olmasından² kaynaklanabileceği gibi, ebeveynleri boşanmış olmasından veya ebeveynlerden

¹ Nitekim ebeveynlerin evli olmaları durumunda, yabancı eşin YUKK m. 34 kapsamında diğer eşe bağlı olarak aile ikamet izni alması mümkün olabilir.

² İçişleri Bakanlığı’nın bir davaya verdiği cevap dilekçesinde, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden alınan istatistikî bilgilere göre, 2011-2013 yılları arasında tanıma yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan çocukların sayısının 5430 olduğu ifade edilmiştir.

birisinin vefat etmesinden kaynaklanabilir. Ülkemizde bilhassa ebeveynlerinden birisi yabancı olan ve evlilik birliği dışında doğan çocukların sayısı artmaktadır. Bu çocukların yabancı ebeveynlerinin Türkiye’de ikameti çalışmanın esasını teşkil etmektedir. Başka bir deyişle çalışmada yabancı ebeveynin, Türk vatandaşı çocuğu ile aile birleşiminin bağımsız bir ikamet izni nedeni olup olamayacağı sorunu ele alınmaktadır. Evlilik birliği içinde doğan çocukların yabancı ebeveynine verilecek ikamet izni ise çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveyninin aile ikamet izni ile Türkiye’de ikamet etmesi akla gelebilir. Ancak 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu³nun (YUKK) 34 ve devamı maddelerinde düzenlenen aile ikamet izni alabilecekler arasında Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveyni sayılmadığı için teknik olarak bu kişiler aile ikamet iznine müracaat edemeyecektir. Çalışmamızda öncelikle aile ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında aile birleşimi kavramlarına yer verilmektedir. Bu kavramların açıklanması, çocuk ve tek ebeveynenden oluşan birlikteliklerin de aile kavramı içerisinde değerlendirilmesi açısından önemlidir. Çalışmada ayrıca, söz konusu yabancı ebeveynine verilecek ikamet izninin YUKK m. 31 (kısa dönem ikamet izni), YUKK m. 34 (aile ikamet izni) ya da YUKK m. 46 (insanî ikamet izni) kapsamında verilip verilemeyeceği sorusuna cevap aranmaktadır. Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveynine ikamet izni verilmesi gerekip gerekmediği, AİHM ve AYM kararları ışığında ve özellikle çocuğun yüksek yararı ilkesinden hareketle incelenmektedir. Bu sebeple idarenin takdir yetkisi, AİHM ve AYM kararlarında benimsen ilkeler çerçevesinde incelenmiştir.

I. AİLE KAVRAMI

Aile, toplumun en küçük ögesi fakat en temel yapı taşı olarak kabul edilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin (İHEB) 13. maddesinde de ailenin, toplumun tabii ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından

³ Kabul Tarihi, 04.04.2013, RG. 11.04.2013-28615.

korunması gerektiği kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS)⁴ göre de herkes aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Kendisine atfedilen değer nedeniyle, aile kurumu gerek millî gerekse milletlerarası düzenlemeler ile korunmaya çalışılmaktadır. Bununla beraber söz konusu düzenlemelerde aile kavramının tanımlanmasından imtina edildiği söylenebilir. Nitekim aile kavramı, zaman ve mekâna göre değişiklik gösterir⁵. Aileden ne anlaşılması gerektiği her toplumun kendi iç dinamiklerine, kültürüne, ekonomik ve sosyal yapısına göre değerlendirilmelidir⁶. Hukuk alanında da ailenin tanımı üzerinde bir mutabakata varılabilmiş değildir⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM)⁸ vermiş olduğu kararlarda da ailenin ne anlama geldiğine dair bir içtihat birliği bulunmamaktadır⁹.

Bir aileden söz edebilmek için birlikte yaşama, ekonomik bağ, düzenli ve sıkı ilişki gibi unsurların bir arada bulunması gerekir¹⁰. Başka bir deyişle aile

⁴ Türkiye sözleşmeye taraftır. RG. 19.03.1954-8662.

⁵ **Jastram, Kate/Newland, Kathleen** (2003) "Family Unity and Refugee Protection": Feller, Erika/Türk, Volker/Nicholson, Frances (Editörler), Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, Cambridge University Press, s. 584; **Cin, Mustafa** (2014) "Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Yabancıların (Göçmen İşçilerin) Aile Birleşimi Hakkı", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, s. 265.

⁶ **Jastram/Newland**, s. 584; **Schmitt, Desirée C.** (2020) Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, Eine rechtsvergleichende Betrachtung unter Berücksichtigung des Völker- und Europarechts, Heidelberg, s. 290.

⁷ **Elçin, Doğa** (2017) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı mı? Aile Birleşimi Hakkı mı?", TAAD, Y: 7, S: 30, s. 122; **Jastram/Newland**, s. 582.

⁸ Türkiye, AİHM'e "Bireysel Başvuru Hakkı"nı 1987 yılında tanımış, 21 Ocak 1990 tarihinde de AİHM'nin "zorunlu yargılama yetkisi"ni kabul etmiştir.

⁹ **Kribernegg, Micha** (2017) Familienzusammenführung nach Art 8 EMRK als rechtlicher Anspruch? Eine Betrachtung der Rechtsprechung des EGMR und EuGH und deren Entwicklung, Graz, s. 10.

¹⁰ **Cin**, s. 266; **Kribernegg**, s. 10.

hayatı gerçekten mevcut olmalıdır¹¹. AİHM, ev sahibi ülke ile aile üyeleri arasında etkili ve güçlü bir bağın varlığını da aramaktadır¹².

Aile denilince ilk akla gelen anne, baba ve çocuklardan oluşan çekirdek ailedir¹³. Evli olan eşlerin birbirleri ile¹⁴ ve varsa çocukları ile¹⁵ olan ilişkileri aile hayatı olarak kabul edilmektedir. Çekirdek aile, günümüzde en sık rastlanılan aile türü olmakla beraber, farklı aile türlerinin varlığı özellikle sosyolojik bir olgu olarak kabul edilmektedir¹⁶. Aile tanımının yapılamamasının önemli sebeplerinden biri de uluslararası alanda teknolojik ve sosyal değişime bağlı olarak, yeni aile tiplerinin (donör aile, eşcinsel evlilikler gibi) ortaya çıkmasıdır¹⁷. Ayrıca AİHM'in bazı kararlarında yer verdiği üzere çekirdek aile bireyleri yanında büyükanne ve büyükbaba ile torun¹⁸ ya da kardeşler¹⁹ arasındaki yakınlıklar ve ebeveyn ile ergin olan çocuklar arasındaki ilişkiler de

¹¹ **Elçin**, s. 130; **Hein, Friederike** (2018) *Das Recht auf Familiennachzug im Ausländerrecht – Betrachtung von Einzelproblemen unter Gerechtigkeitsaspekten, menschen- und europarechtlichen Gesichtspunkten*, Potsdam, s. 5.

¹² **Elçin**, s. 130; **UN Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights** (2005) *Paper on Family Reunification*, OHCHR Migration Papers, Family Reunification, (OHCHR Migration Papers, Family Reunification), <https://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/familyreunification.pdf>, s.e.t. 26.06.2021, s. 12; **Kribernegg**, s. 8.

¹³ AİHS'in de esas olarak çekirdek aileyi koruduğu, fakat sonradan AİHM içtihatları ile aile kavramının diğer aile bireylerini de kapsayacak şekilde genişletildiği hakkında bkz. **Hein**, s. 5. Yetişkin çocuk ve ebeveyn arasındaki ilişkinin aile ilişkisi kapsamında korunabilmesi için, çocuğun aileye bağımlı ve muhtaç olduğunun ispat edilmesi gerekmektedir; **Schmitt**, s. 292; **Czech, Philip**, (2017) “Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR”, *EuGRZ*, s. 229.

¹⁴ **Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık**, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, p. 62.

¹⁵ **Gül v. İsviçre**, Başvuru No: 23218/94, 19.02.1996, p. 32; **Moustaquim v. Belçika**, Başvuru No: 12313/86, 18.02.1991, p. 36.

¹⁶ AİHM'in, yabancıların aile birleşimini sadece çekirdek aile ile sınırlandırma eğiliminde olduğu görüşü için bkz. **Schmitt**, s. 293; **Cin**, s. 267.

¹⁷ **Staver, Anne**, (2008) “Family Reunification: A Right for Forced Migrants?”, *Refugee Studies Centre, Working Paper Series No: 51*, University of Oxford, s. 7.

¹⁸ **Marckx v. Belçika**, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, p. 31.

¹⁹ **Moustaquim v. Belçika**, p. 36.

aile olarak nitelendirilebilmektedir²⁰. Bu gelişim ve çeşitlilik, aile tanımına esnek yaklaşılmasını zorunlu kılmaktadır²¹.

İnsan Hakları Komitesi de bir kararında, aile kavramının sadece evli veya evli olmadan birlikte yaşama anlamına gelmediğini, ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkinin de aile olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir²².

Çalışmamız açısından önem arz eden aile türü ise tek ebeveynli ailelerdir. Özellikle boşanmaların artması ve çocuğun velayetinin eşlerden birisine verilmesi ile tek ebeveynli ailelerin sayısında bir artış meydana gelmiştir. Bunun yanı sıra çocuğun evlilik dışı dünyaya gelmiş olması²³ ya da eşlerden birinin vefat etmiş olması durumunda da tek ebeveynli ailenin varlığı söz konusu olmaktadır. Sayılan bu nedenlerden ötürü çocuk ve anne ya da çocuk ve babadan oluşan ailelerin sayısı günümüzde azımsanamayacak kadar fazladır. Başka bir deyişle bekar bir kadın veya erkeğin çocuğu ile birlikte aile hayatını sürdürmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle çocuğun ebeveynlerinden sadece birisi ile birlikte yaşadığı hallerde de bir ailenin varlığından söz etmek doğru olacaktır²⁴. Belirtmek gerekir ki, ailenin varlığı için ebeveyn ile çocuk arasında düzenli bir ilişkinin var olması yeterli kabul edilmelidir, yoksa sürekli

²⁰ OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 2, (dn. 4); **Jastram/Newland**, s. 584; **Wiesbrock, Anja** (2011) “The Right to Family Reunification of Third Country Nationals under EU Law- Is Directive 2003/86/EC in Compliance with the ECHR?”, 5, Human Rights and Int’l Legal Discourse, s. 142; **Elçin**, s. 130; **Cremer, Hendrik** (2017) “Das Recht auf Familie für unbegleitete Minderjährige: Eltern dürfen nachziehen – Geschwister nicht?”, Die Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, Heft 8, s. 313; **Kribernegg**, s. 9-10. Hatta AİHM **Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık** davasında nişanlı eşler arasında da bu yakınlık ilişkisinin bulunduğunu kabul etmektedir; **Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık**, p. 62.

²¹ **Jastram/Newland**, s. 584; **Schmitt**, s. 292; **Cin**, s. 267.

²² **Balaguer Santacana v. İspanya**, Başvuru No: 417/1990, 29.07.1994, p. 10.2.

²³ Evlilik dışı doğan çocuklara, evlilik içinde doğanlarla eşit muamele yapılması gerektiği ilkesinden hareketle aile kavramının genişletilmesi görüşü hakkında bkz. **Kribernegg**, s. 9.

²⁴ Nitekim AİHM de vermiş olduğu bir kararda evlilik dışı dünyaya gelen çocuk ile ebeveyn arasında aile hayatının var olduğunu kabul etmektedir. **Boughanemi v. Fransa**, Başvuru No: 22070/93, 24.04.1996, p. 35.

olarak birlikte yaşama şartı aranmamalıdır²⁵. Bu nedenle örneğin boşanmış bir çiftin çocuğunun hem anne hem de baba ile korunmaya değer bir aile ilişkisi olduğu kabul edilmelidir²⁶.

Çocuğun doğumu anında ve doğum sebebi ile ebeveyn ve çocuk arasında aile hayatı *ipso jure* meydana gelmektedir²⁷. Ebeveynlerin boşanmış olmaları bu durumu değiştirmez²⁸. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de ailenin farklı devletlerdeki özel ve değişen yapısını vurgulayarak tek anne-babalı aile gibi yeni aile türlerinin korunmasının gerektiğini ifade etmektedir²⁹. Aynı şekilde AİHM de ebeveynler arasındaki ilişkiler kopmuş olsa dahi ebeveyn ve çocuğun bir arada olmasının gözetilmesi gereken bir husus olduğunu vurgulamaktadır³⁰.

Bununla birlikte AİHM tarafından, sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile 8. madde bağlantısı kurularak değerlendirme yapılan davalarda, aile kavramının çekirdek aile olarak yani çiftler arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele alındığı, yetişkin çocukların ise aileye bağımlı ve muhtaç olduklarının ispat edilebildiği ölçüde aile kavramına dâhil edildikleri ve bu suretle aile kavramının bu alanda oldukça dar yorumlanmasının tercih edildiği anlaşılmaktadır³¹.

Anayasa Mahkemesi (AYM) de sadece ebeveynlerden birisi ile birlikte yaşayan çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkiyi aile kapsamı içinde değerlendirmektedir.

“Anayasa’da aile hayatı kapsamında korunan aile ilişkileri temel olarak anne, baba ile çocuk arasındaki ilişkilerdir. Anayasa’nın 20. ve 41. maddeleri, anne-baba ve çocuk arasındaki bağın

²⁵ **Hein**, s. 5. Örneğin çocuğun kişisel bakımı ile ilgilenme ya da diğer ebeveyn ile çocuğun sağlık durumuna ilişkin olarak görüşme gibi tipik ebeveynlik faaliyetlerinin yerine getirilmesi suretiyle düzenli bir iletişim kuruluyorsa bir aile bağının varlığı kabul edilmelidir. **Lebbink v. Hollanda**, Başvuru No: 45582/99, 01.06.2014, p. 35-42.

²⁶ **Schmitt**, s. 448.

²⁷ **Al-Nashif v. Bulgaristan**, Başvuru No: 50963/99, 20.06.2002, p. 112.

²⁸ **Hein**, s. 6. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile ilişkisi ancak çocuğun evlatlık verilmesi gibi istisnai hallerde sona erer.

²⁹ **Cin**, s. 267.

³⁰ **Kriebernegg**, s. 8.

³¹ **Slivenko v. Litvanya**, Başvuru No: 48321/99, 09.10.2003, p. 94.

devamlılığını sağlamak üzere tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma konusunda pozitif yükümlülüğünü içermektedir (Serpil Toros, B. No: 2013/6382, 9/3/2016, § 67; Selim Adıyaman, B. No: 2013/8846, 9/3/2016, § 45). Bu doğrultuda sınır dışı etme ve ülkeye kabul ile ilgili başvurularda aile kavramının çekirdek aile olarak yani çiftler arasındaki ilişkiler ile ebeveyn ve küçük çocuklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde ele alınması gerekmektedir. Yetişkin çocukların ise aileye bağımlı ve muhtaç olduklarının ispat edilebildiği ölçüde aile kavramına dâhil edilebilmeleri mümkündür.”³² (vurgu eklenmiştir).

Yine AYM, kızları ile birlikte yaşayan annenin hayatını aile hayatı kapsamında kabul etmiştir.

“Başvurucu hakkında sınır dışı işleminin tesis edildiği tarihte başvurucunun yirmi iki yaşında olan kızının Türk vatandaşıyla evlilik yapmasına karşın bu evliliğin oldukça kısa sürdüğü, eşinden şiddet görmesi nedeniyle ayrılarak annesi olan başvurucu ile birlikte yaşamaya başladığı ve geçim masraflarının başvurucu tarafından karşılandığı dikkate alındığında başvurucunun kızıyla olan bağının Anayasa’nın 20. maddesi kapsamında mevcut aile hayatı olduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenle ihlal iddialarının mahiyeti gereği başvurunun aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.”³³

Netice olarak gerek AİHM gerekse AİHM’i takip eden AYM, sadece bir ebeveyn ve çocuktan oluşan birliktelikleri de aile hayatı kavramı içinde kabul etmektedir³⁴.

³² **Sherapat Yagmyrova Başvurusu**, Başvuru No: 2017/11905, 21.07.2020, p. 39.

³³ **A.G. Başvurusu**, Başvuru No: 2018/6143, 16.12.2020, p. 34. AYM sonraki kararlarında reşit çocuklar ile olan ilişkinin aile kapsamında kabul edilebilmesi için, ebeveyn bağımlı olması gerektiği şartını aramıştır.

³⁴ **Arslan Öncü, Gülay** (2019) *Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*, İstanbul, Beta, s. 100-101.

II. AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI ÇERÇEVESİNDE AİLE BİRLEŞİMİ

A. GENEL OLARAK

Aile birleşimi, aile üyelerinin farklı bir ülkede hukuka uygun şekilde başka bir deyişle düzenli bir şekilde yaşayan ya da çalışmakta olan diğer aile üyelerine katılmalarıdır³⁵. Aile birleşiminin sağlanmasındaki temel amaç, aile hayatını mümkün kılmaktır³⁶. Aile birleşimi, bir yandan yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve tanınmasının bir gereği iken; diğer taraftan göç düzenlemeleri, sınır kontrolleri, güvenlik, yabancıların ülkeye kabulüne izin verme gibi devletin egemenlik alanına giren bir konu olarak değerlendirilebilir³⁷.

Çocuk Hakları Sözleşmesi³⁸'nin (ÇHS) önsözünde de değinildiği üzere “toplumun temel birimi” olan aile üyelerine “toplum içindeki görevlerini tam olarak yerine getirebilmeleri için” devlet tarafından “gerekli koruma ve yardım” verilmelidir³⁹.

Aile birleşimi kavramı, özellikle mülteciler ya da başka bir ülkeye çalışmaya giden yabancılar nezdinde düşünülmektedir. Ancak bir vatandaşın yabancı eşi ya da çocuğu için de aile birleşiminin gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Başka bir deyişle kendisine bağlı olarak aile birleşimi talep edilen kişi, birleşmenin gerçekleşeceği ülke vatandaşı olabilir⁴⁰.

³⁵ **Elçin**, s. 117; **Burek, Wojciech** (2016) “Family Reunification Regulations and Women: The Perspective of International Law”, Polish Yearbook of International Law, C: 36, s. 84; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 1; **Esen, Emre** (2019) Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri, İstanbul, s. 213; **Druschke, Carina** (2019) Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht, Eine systematische Betrachtung des Rechts des Familiennachzugs, Baden-Baden, s. 29.

³⁶ **Cin**, s. 269.

³⁷ **Esen**, s. 213.

³⁸ Türkiye Sözleşme’yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde çekinceyle onaylamıştır. RG. 11.12.1994-22138.

³⁹ **Cremer**, s. 315.

⁴⁰ **Druschke**, s. 29.

Aile birleşimi, yalnızca ülkeye girişte değil, kişilerin ülkede kalışlarında da söz konusudur⁴¹. Nitekim yasal olarak ülkede ikamet eden bir kişinin sonradan ortaya çıkan olaylar nedeni ile sınır dışı edilmesi halinde de aile birleşim hakkının ihlali söz konusu olabilir. Bu nedenle idarenin sınır dışı etme kararı verirken bu kararın meydana getireceği sonuçları da dikkate alması gerekir. Bazı durumlarda sınır dışı kararı münferiden bir kişi aleyhine verilmiş olsa da karar fiilen o kişinin ülke dışına çıkarılmasından çok daha ağır sonuçların doğmasına yol açabilir. Örneğin yeni doğum yapmış bir annenin sınır dışı edilmesine karar verilmesi, henüz anne sütü ile beslenen ve tamamen anneye bağlı olan çocuğun da ülke dışına çıkmak zorunda kalmasına neden olur. Böyle bir durumda eğer çocuk Türk vatandaşı ise, yabancı uyruklu kişi ile birlikte Türk vatandaşı çocuk da ülke dışına çıkmak zorunda kalacaktır. Yahut çocuğun sınır dışı edilen ebeveynle birlikte ülke dışına çıkmasına engel bir hal bulunabilir. Bu durumda farklı ülkelerde hayatını sürdürmek zorunda kalan ebeveyn ve çocuğun fiilen bir aile birliği kurmaları mümkün olamayacaktır. Kanaatimizce değerlendirme yapılırken, çocuğun yaşı nedeniyle ebeveyne bağlılığından daha kapsamlı bir inceleme yapmak gerekmektedir⁴².

Aile birleşimi ne iç hukukumuzda ne de uluslararası hukukta spesifik bir hak olarak düzenlenmiştir. Aşağıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda aile birleşimine doğrudan ve dolaylı olarak yer veren düzenlemelere kısaca yer verilecektir.

B. TÜRK ANAYASASINDA AİLE BİRLEŞİMİ İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Anayasamızda aile birleşimi ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmama ile birlikte Anayasadaki bazı hükümlerin dolaylı olarak aile birleşimi ile ilişkilendirilmesi mümkündür. Bu bağlamda ilk olarak aile

⁴¹ Druschke, s. 29-30; Schmitt, s. 297; Czech, s. 229, 231.

⁴² Bununla birlikte çocuk ne kadar küçükse ebeveyn o kadar bağımlı olduğu da bir gerçektir. Aynı zamanda çocuğun yaşının küçük olması devletin göç politikası yönünden taşıyabileceği endişeleri de azaltmaktadır; Schmitt, s. 504.

hayatına saygı hakkını düzenleyen Anayasa'nın 41. maddesi son derece önemlidir. Madde şu şekildedir:

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

Anayasanın bu maddesi, aile birleşimi bakımından özel bir önemi haizdir. Özellikle maddenin ikinci fıkrasındaki, çocuğun anne ve babası ile kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkına sahip olduğuna dair düzenleme, aile birleşiminin temeli olarak kabul edilebilir. Çünkü maddede düzenlenen ve koruma altına alınan hakkın icrası ancak yurt dışındaki yabancı ana ya da babanın ülkeye girişine ve ülkede ikametine izin verilmesi ile mümkün olabilir⁴³.

Doktrinde Anayasa'nın 20. maddesinden hareketle de Devletin bir kişiyi ülkeye kabul etme zorunluluğunun olabileceğinden bahsedilmektedir⁴⁴. Anayasa'nın 20. maddesine göre herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Bu hüküm ile Anayasa'nın 17. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, tıpkı AİHS'in 8. maddesinin gerektirdiği gibi devletin bir kişiyi ülkeye alma yükümlülüğü olduğu sonucuna varılabileceği ifade edilmektedir⁴⁵.

Anayasa'nın 23. maddesinde herkesin ikamet ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir. Maddede kullanılan herkes ifadesi, yabancıları

⁴³ Elçin, s. 125.

⁴⁴ Göçmen, İlke (2015) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku, Ankara, s. 431.

⁴⁵ Göçmen, 2015, s. 431; Elçin, s. 125; Arslan Öncü, s. 122.

da kapsar. Hakkın sınırlandırılabilceği hâller yerleşme hürriyeti için, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; seyahat hürriyeti için de suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek şeklinde sayılmıştır. Görüldüğü üzere hakkın sınırlandırılması açısından da vatandaş ile yabancı arasında herhangi bir ayırım bulunmamaktadır.

Ancak Anayasa'daki bu hüküm, yabancıların ülkeye kabul edilmesi hususunda Devlete bir yükümlülük getirmemektedir. Devlet, uluslararası hukuktan kaynaklanan mülki yetkisine istinaden yabancıları ülkesine kabul etmeme yetkisini haizdir. Hatta hakkın kötüye kullanımı ya da müktesep haklara saygı gibi milletlerarası hukukta kabul edilen ilkelere aykırı olmamak kaydı ile yabancının ülkeye girişine ve ikametine izin verilip verilmeyeceğinin devletin mülki yetkisi içinde olduğu yönünde, milletlerarası bir teamül kuralı olduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Dolayısı ile Anayasa'nın 23. maddesindeki seyahat ve yerleşme hürriyetini düzenleyen maddeden hareketle aile birleşimi kapsamında bir yabancının ülkeye girişine izin verilmesi gerektiğinin ileri sürülemeyeceği kanaatindeyiz.

C. ULUSLARARASI HUKUKTA AİLE BİRLEŞİMİNE DAİR DÜZENLEMELER

Aile birleşimi, bazı durumlarda bireyin insan hakkı ile devletin güvenlik ve ekonomik ihtiyaçları arasındaki çatışmaya neden olmaktadır⁴⁷. Devletler sınır kontrolü ya da göç politikası gerekçeleri ile aile birleşimi hakkını sınırlandırmak istemektedirler⁴⁸. Zira aile birleşimi sadece aile hayatı hakkı ile

⁴⁶ **Aygül, Musa** (2019) Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancılara Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Hakkı, Ankara, s. 23.

⁴⁷ OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 17.

⁴⁸ **Tuquabo-Tekle ve diğerleri v. Hollanda**, Başvuru No: 60665/00, 01.05.2005, p. 41; **Elçin**, s. 118; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 1; **John, Arturo**, "Family Reunification for Migrants and Refugees: A Forgotten Human Right?", s. 1; Aileyi koruma düşüncesinin devletin göç politikasını geri plana iteceği görüşü için bkz. **Cremer**, s. 314 vd.

değil, aynı zamanda bir uluslararası hukuk sorunu olan devletlerin göçü kontrol altında tutmak istemesi ile de ilgilidir.

Aile birleşimi hakkının değeri ve önemi evrensel olarak kabul edilmiş olmakla beraber, bu hak mutlak olarak tanınmamıştır⁴⁹. Temel insan haklarını düzenleyen sözleşmelerde de aile birleşimi hakkı münferit bir temel hak olarak düzenlenmemiştir⁵⁰. Uluslararası hukukta doğrudan aile birleşimine yer veren düzenlemelerin sayısı oldukça azdır⁵¹.

Aile hayatı hakkı, uluslararası hukukta temel bir insan hakkı olarak kabul edilmekte ve kapsamlı olarak korunmaktadır⁵². AİHS'in "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesinde herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu düzenlenerek temelde dört hak korunmaktadır⁵³. Bunlardan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, konumuz açısından önem arz etmektedir⁵⁴. Maddede aile birleşimi münferit bir hak olarak kendisine yer bulmamıştır. Ancak aile hayatına saygı gösterilmesinden ne anlaşılması gerektiği sorusuna verilecek cevap, aile birleşimi hakkının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin

⁴⁹ **Elçin**, s. 118; **Jastram/Newland**, s. 558; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 17; Özellikle göç kabul eden ülkelerin aile birleşimini hak olarak tanımakta isteksiz oldukları görüşü için bkz. **Burek**, s. 84.

⁵⁰ **Elçin**, s. 118; **John**, s. 6; **Wiesbrock**, s. 139; **Staver, Anne** (2013) "Free Movement and the Fragmentation of Family Reunification Rights", *European Journal of Migration and Law*, C: 15, s. 78; **Esen**, s. 213.

⁵¹ **Burek**, s. 87; Doktrinde aile birleşimi ile ilgili pek çok sözleşmeye atıf yapılmaktadır. Ancak pek çoğunda aile birleşimi ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmadığı için çalışmamızda bu sözleşmelere değinilmemiştir. Aile birleşimi hakkının uluslararası düzenlemelerde yer bulma şekli hakkında detaylı bilgi için bkz. **Elçin**, s. 126 vd.

⁵² **Elçin**, s. 118; **Jastram/Newland**, s. 556; **Wiesbrock**, s. 139; **Cholewinski, Ryszard** (2002) "Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right", *European Journal of Migration and Law*, C: 4, s. 274; **Staver**, 2013, s. 78; **Rohan, Mark** (2014) "Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights' Family Reunification Jurisprudence", *Chicago Journal of International Law*, C: 15, S: 1, s. 351.

⁵³ AİHS m. 8 aynı zamanda ebeveyn velayet ve çocukla kişisel ilişki kurma haklarını garanti eder; **Kriebernegg**, s. 8.

⁵⁴ Metinde kullanılan "saygı" ifadesinin açıkça bir yasağı ya da garanti edilen bir özgürlüğü içermediği eleştirisi için bkz. **Kriebernegg**, s. 7 vd.; **Cin**, s. 273.

tespitinde son derece önemlidir. Nitekim aile hayatı hakkının doğasında aile birleşimi hakkı da bulunmaktadır⁵⁵. Çünkü madde aile kurumunu değil, aile hayatını başka bir deyişle aile bireylerinin birbirleri ile olan ilişkilerini korumaktadır⁵⁶. AİHS m. 8, bir taraf devletin ülkesinde hukuka uygun şekilde ikamet eden yabancıların aile hayatına saygı hakkını da korumaktadır⁵⁷.

AİHM'in *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık* kararı, aile birleşiminin bir hak olarak ilk kez kabul edilmesi nedeniyle önemlidir⁵⁸. Ancak karara göre aile birleşimi hakkı, aile hayatı hakkından daha dar kapsamlıdır⁵⁹. Nitekim AİHM, 8. maddenin salt aile birleşimi talebinin reddedilmesi nedeniyle değil ayrımcı düzenlemelerden dolayı 14. madde ile birlikte ihlâl edildiğine karar vermiştir⁶⁰.

AİHS taraf devletlere yabancıyı kabul etmek ve ikamet izni vermek konusunda bir yükümlülük yüklememektedir⁶¹. AİHM'e göre de bir yabancıнын belirli bir ülkeye giriş hakkı veya belirli bir ülkede ikamet etmesi gibi bir hak Sözleşme tarafından korunmamaktadır⁶². Mahkeme esasen bu karar ile devletlerin, yabancıların ülkeye giriş ve burada kalışı konularında sahip oldukları egemenlik hakkına vurgu yapmaktadır. Bununla beraber konu aile olduğunda bu takdir hakkının milletlerarası hukuka uygun olarak kullanılması

⁵⁵ Elçin, s. 118-119; Jastram/Newland, s. 556; Kribernegg, s. 7; Aygül, s. 158.

⁵⁶ Kribernegg, s. 7.

⁵⁷ Arslan Öncü, s. 122.

⁵⁸ Göçmen, İlke (2014) "Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Avrupa Birliği'ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:16, S:1, s. 105; Burek, s. 92; Smyth, Ciara (2015) "The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?" European Journal of Migration and Law, C: 17, s. 72.

⁵⁹ Elçin, s. 131; Roagna, Ivana, (2012) Protecting the Right to Respect for Private and family Life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks, Council of Europe Strasbourg, s. 88; Rohan, s. 360.

⁶⁰ Elçin, s. 131; Göçmen, 2014, s. 106; Wiesbrock, s. 143; John, s. 11-12; Rohan, s. 360; Burek, s. 93.

⁶¹ Cin, s. 274; Aygül, s. 158.

⁶² Al-Nashif v. Bulgaristan, s. 114.

gerekmektedir⁶³. AİHM tarafından da aile birleşimi hakkı, aile hayatına saygı gösterme hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu konuda hâlihazırda tutarlı ve istikrarlı bir içtihat bütünlüğü bulunmamaktadır⁶⁴. Mahkeme somut olayın gereklerine uygun olarak karar vermeyi tercih etmektedir⁶⁵. Aile birleşimi, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında kabul edildiğinde devletin pozitif yükümlülüğü, aile üyesine ilk girişte ikamet izni verilmesi⁶⁶, negatif yükümlülük ise kişinin ikamet izninin sona erdirilmemesi ve sınır dışı edilmemesi şeklinde kendisini gösterir⁶⁷. Her iki yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda çocuğun bu karardan etkilenmesi muhtemeldir.

Konumuz açısından önem arz eden ÇHS'ye de burada değinmekte fayda vardır. ÇHS, aile birleşimi hakkını mutlak bir hak olarak kaleme almamakta; başka bir deyişle hakkı kesin olarak garanti altına almamaktadır⁶⁸. Sözleşme'nin 9. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

“Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ebeveynleri tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesi durumlarında ya da anne ve

⁶³ **Elçin**, s. 130; **Thym, Daniel** (2008) “Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, ICLQ, C: 57, s. 87; **Smyth**, s. 93.

⁶⁴ **Özgenç, Zeynep** (2019) “Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Üçüncü Devlet Vatandaşlarının Aile Birleşimi Hakkına İlişkin Değerlendirmeler”, International Journal of Social Inquiry, C: 12, S: 1, s. 193; **Elçin**, s. 134; **Wiesbrock**, s. 144.

⁶⁵ **Elçin**, s. 134; **Wiesbrock**, s. 144; **Roagna**, s. 88; **John**, s. 15; **Cremer**, s. 313.

⁶⁶ **Smyth**, s. 73; **Kribernegg**, s. 13; **Schmitt**, s. 296-297. Devletin, aile bireyleri arasındaki ilişkinin kurulması ve bu ilişkinin normal şekilde gelişmesini sağlamak için gerekli tedbirleri alma hususunda pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. **Hein**, s. 6.

⁶⁷ **Smyth**, s. 73; **Schmitt**, s. 296-297. YUKK'ta sınır dışı etmeye ilişkin hususlar 52 vd. maddelerde düzenlenmektedir.

⁶⁸ **Elçin**, s. 137; **John**, s. 7; **Jastram/Newland**, s. 577; **Rohan**, s. 354; **Cin**, s. 271. Bu durumun temelinde Sözleşme'nin görüşülmesi sırasında bazı devletlerin dile getirdiği göçü kontrol etme endişesi yatmaktadır; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 3.

babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.”

Maddede çocuğun ebeveynlerden her birisi ile kişisel ilişkisini sürdürebilme ve onlarla doğrudan temas edebilmesi garanti altına alınmaktadır⁶⁹. Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrası ise şu hükmü ihtiva etmektedir:

“9’uncu Maddenin 1’inci fıkrası uyarınca Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, çocuk veya ana-babası tarafından, ailenin birleşmesi amaçlarıyla yapılan bir Taraf Devlet ülkesine girme ya da onu terk etme konusundaki her başvuru, Taraf Devletlerce olumlu, insani ve ivedi bir tutumla ele alınacaktır. Taraf Devletler, bu tür bir başvuru yapılmasının başvuru sahipleri veya aile üyeleri aleyhine sonuçlar yaratmamasını taahhüt ederler.”

Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde, aile birleşimi hakkının çocuğun yüksek yararına aykırı şekilde sınırlandırılmayacağı sonucuna varılmaktadır⁷⁰. Ayrıca 10. madde, devletlerin hem ebeveynlere hem de çocuklara “aile birleşimi” amacıyla başvuruda bulunma fırsatı vermesini zorunlu kılmaktadır⁷¹. Maddede başvuruların devlet tarafından, ivedi bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğine yer verilmektedir. Ebeveyn ile reşit olmayan çocuğun kısa bir süre için dâhi olsa ayrı kalmalarının, kişiler açısından olumsuz etkilere yol açabileceği düşüncesinden hareketle devlete başvuruları süratle işleme koyma yükümlülüğü getirilmektedir⁷².

⁶⁹ **Smyth**, s. 87. Çocuk Hakları Komitesi de raporlarında, “aile birleşimini tam olarak garanti altına alan bir kanun ve uygulamanın olmadığını” ifade ederek taraf devletlere “aile birleşimini mümkün kılan yasal düzenlemeler yapma, politikalar ve programlar uygulama” tavsiyesinde bulunmuştur. OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 4. BM Uluslararası Göç Raporlarına göre, göçmen kabul eden ülkelerin tümü olmasa da çoğu, belirli koşullar altında aile birleşimine izin veren hükümlere sahiptir; **Burek**, s. 100.

⁷⁰ **Elçin**, s. 137; **Jastram/Newland**, s. 578; **Cremer**, s. 314.

⁷¹ **Cremer**, s. 315.

⁷² **Cremer**, s. 315.

ÇHS'nin 3. maddesine göre de kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının esas alınması gerekmektedir. Ayrıca 3. maddenin 2. fıkrası, devletin çocuğun esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenmekle ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri almakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir.

Son olarak ÇHS'nin 16. maddesinde çocuğun özel ve aile hayatına keyfi ve haksız bir müdahalenin yapılması yasaklanmaktadır. Böylece ÇHS ile çocuğun aile hakkı, AİHS'e ek olarak ve özel olarak korunmaktadır⁷³. Sonuç olarak AİHS ve ÇHS, aile bağlarının hem psikolojik hem de sosyal işlevini güvence altına almaktadır⁷⁴.

III. AİLE BİRLEŞİMİNE DAYALI İKAMET İZİNİ

A. GENEL OLARAK

Türkiye bir yandan göç veren ülke olma özelliğini sürdürmekle birlikte bir yandan da transit ve hedef ülke olma özelliğini kazanmıştır⁷⁵. İkamet taleplerinin sayısındaki artışla beraber, ülkenin göç politikasının da yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacı doğmuştur⁷⁶. Güncel ihtiyaçlar doğrultusunda 2014 yılında yürürlüğe giren YUKK'ta ikamet izinleri düzenlenirken aile ikamet iznine de yer verilmiştir. Ayrıca konumuz açısından önem arz eden insanî ikamet izni de yine Kanunda kendisine yer bulmuştur.

⁷³ Cremer, s. 315.

⁷⁴ Cremer, s. 315. Aile birleşimi hakkının, çocuk için diğer pek çok hakkın kapısını açtığı, aile birliğinden mahrum olan bir çocuğun diğer haklardan faydalanamama riski altında olduğu görüşü için bkz. Smyth, s. 88.

⁷⁵ Tespit için bkz. YUKK Genel Gerekeşi, <https://www.goc.gov.tr/genel-gerekce18>, s.e.t. 26.06.2021.

⁷⁶ Aile birleşimi göçle olan bağlantısı nedeniyle sadece hukuki değil ayrıca hassas siyasi bir meseledir. Burek, s. 84.

Aile birleşiminde devletin bu hakka müdahalesi ikamet izninin en baştan verilmemesi şeklinde olabileceği⁷⁷ gibi verilen ikamet izninin sonradan uzatılmaması veya iptal edilmesi nedeniyle sınır dışı etme prosedürünün uygulanması şeklinde de olabilir⁷⁸. Aile ikamet izinlerinin reddi, iptali ya da uzatılmamasının en önemli sonucu, sınır dışı edilmedir. Kanunun kaleme alınış şekline göre esasen ikamet izinlerinin reddi, iptali ya da uzatılmaması nedeniyle sınır dışı kararı konusunda idarenin takdir hakkı bulunmamaktadır⁷⁹. Ancak Kanun'un "Türkiye içinden yapılan ikamet izni talebinin reddi, iptali veya uzatılmaması" başlıklı 25. maddesinde, ikamet izni talebinin reddi, ikamet izninin uzatılmaması veya iptali işlemlerinde, yabancının Türkiye'deki aile bağlarının ve çocuğun yüksek yararı gibi hususların göz önünde bulundurulacağına ve ikamet iznine ilişkin kararın ertelenebileceğine yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle idareye sınır dışı etmede tanınmamış olan takdir yetkisi, sınır dışı edilme nedenlerinden biri olan ikamet izninin reddi, iptali ya da uzatılmaması sırasında tanınmıştır⁸⁰. İlgili hususların kanunda düzenlenmesi de, idarenin aile hayatına haksız şekilde müdahalesini önlemeye yöneliktir⁸¹.

⁷⁷ **Elçin**, s. 130-131; **Jastram/Newland**, s. 580; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 12; **Cholewinski**, s. 275.

⁷⁸ **Elçin**, s. 131; **Jastram/Newland**, s. 580; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s.12; **Cholewinski**, s. 275; **Kriebernegg**, s. 12. AİHM, aile hayatını koruma konusunda sınır dışı edilme durumunda daha istekli iken ülkeye giriş yapma durumunda daha çekimserdir. **Elçin**, s. 131; **John**, s. 2; **Roagna**, s. 88.

⁷⁹ **Elçin**, s. 182; **Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm** (2013) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi", TBB Dergisi, S: 108, s. 218 vd.; **Esen**, s. 166. Ayrıca Kanunda, hakkında sınır dışı etme kararı alınmayacak kişiler sayılırken aile birliğinin korunmasının dikkate alınması gerektiğinin açıkça düzenlenmemiş olması, doktrinde eleştirilmektedir; **Elçin**, s. 183; **Dardağan Kibar, Esra** (2012) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi", Avrupa Araştırmaları Dergisi, C: 11, S: 2, s. 62; **Bayraktaroğlu Özçelik**, s. 236.

⁸⁰ **Elçin**, s. 194.

⁸¹ **Elçin**, s. 183; **Erten, Rifat** (2015) "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIX, S: 1, s. 23.

B. AİLE BİRLEŞİMİ SEBEBİYLE AİLE İKAMET İZİNİ VERİLMESİ

Kanun'a göre aile ikamet izni başvurusu için öncelikle Türkiye'de bulunan bir destekleyicinin⁸² bulunması gerekmektedir (m. 3/1-f). Destekleyici, Türk vatandaşı olabileceği gibi belli şartları haiz yabancı da olabilir (m. 34)⁸³.

Doktrinde destekleyicinin Türk vatandaşı olması durumunda, ikamet izni verilmesi için aranan şartların daha elverişli şekilde düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁴. Bu durumun gerekçesi olarak da aile hayatı hakkının çift yönlü olma özelliği ve iznin verilmemesi durumunda Türk vatandaşının da bundan etkilenerek olması gösterilmektedir⁸⁵. Yabancı ebeveyne ikamet izni verilmemesi, görünüşte sadece yabancı ebeveyni ilgilendirse de esasen Türk vatandaşı çocuğun aile hayatı hakkına etkisi sebebiyle çift yönlüdür.

Alman İkamet Kanunu'nda da (AİK)⁸⁶ yabancıya bağlı olarak verilen aile birleşimine dayalı ikamet izni ile Alman vatandaşına⁸⁷ bağlı olarak verilen aile birleşimine dayalı ikamet izninin ayrı ayrı düzenlendiği görülmektedir. Kanun'un 28. maddesinde Alman vatandaşının eşine, Alman vatandaşının küçük ve evlenmemiş çocuğuna ve küçük ve evlenmemiş Alman vatandaşı

⁸² Uluslararası metinlerde destekleyici kavramının karşılığı olarak sponsor ifadesi kullanılmaktadır. Destekleyici, aile ikamet izni başvurusunda bulunan kişiyi Türkiye'de yaşadığı süre boyunca destekleyecek olan kişidir. Ülkeler, aile ikamet izni verilmesinde genellikle uygun gelir ve barınma gibi birtakım şartların sağlanmasını aramaktadırlar; **Schmitt**, s. 302; **Czech**, s. 229. Böyle bir şartın aranmasındaki en önemli neden, yabancıların ülkenin sosyal sistemine yük olmasını önlemektir; **Hein**, s. 20.

⁸³ Aile birleşimine dayalı ikamet izni verilmesinde vatandaşa yabancıya nazaran ayrıcalık tanınması gerektiği görüşü için bkz. **Druschke**, s. 41 vd.

⁸⁴ **Elçin**, s. 164.

⁸⁵ **Elçin**, s. 164. Yazar burada devletin, Anayasa 41. madde uyarınca var olan aileyi ve özellikle çocukları koruma yükümlülüğüne işaret etmektedir.

⁸⁶ Alman İkamet Kanunu, https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/, s.e.t. 26.06.2021; AİK'da ikamet izni için gereken genel şartlar 5. maddede düzenlenmektedir. Ailevi nedenlere dayanan ikamet iznine ilişkin düzenlemeler ise 27 vd. maddelerde yer almaktadır.

⁸⁷ AİK'nın 28. maddesinde yer verilen Alman kavramı Alman vatandaşlığına sahip olup ikameti de Almanya'da bulunan kişileri kapsamaktadır. Yoksa yılın çoğunu yurtdışında geçiren ve Almanya'da geçici olarak bulunan Alman vatandaşları düzenlemenin kapsamına girmemektedir; **Hein**, s. 22; **Schmitt**, s. 492.

çocuğun ebeveynine verilecek olan ikamet izni düzenlenmektedir⁸⁸. Kanun'un 28. maddesinde, destekçinin Alman vatandaşı olması hâlinde daha hafif şartlar aranmış ve Alman vatandaşı ile aile hayatı kuran yabancılar ayrıcalıklı hâle getirilmiştir⁸⁹. Bu ayrıcalıklı düzenlemenin temelinde, Alman ve yabancından oluşan bir ailede, Alman vatandaşının aile birliğini kurmak için başka bir ülkeye gitmek zorunda bırakılmaması gerektiği düşüncesi yatmaktadır⁹⁰. Başka bir deyişle, Alman vatandaşlarının Alman topraklarında ikametini korumak amaçlanmaktadır⁹¹. Zira aile birliğinin Almanya'da kurulmasına izin verilmemesi durumunda, Alman vatandaşının bu nedenle ülkeyi terk etmek zorunda kalması onun serbest dolaşım hakkına müdahale anlamı taşıyacaktı⁹². Örneğin ebeveyne ikamet izni verilmemesi çocuğun ülkeden ayrılmasına yol açabileceğinden bu durum çocuğun serbest dolaşım özgürlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır⁹³. Başka bir deyişle vatandaş olan kişi *de facto* olarak ülkesini terk etmeye zorlanmış olacaktır⁹⁴. Alman vatandaşı çocuklara dayalı

⁸⁸ AİK'ya göre çocukları kapsayan aile birleşimlerinde, çocuğun başvuru esnasında reşit olmaması ve bekar olması gerekmektedir; **Hein**, s. 23.

⁸⁹ **Hein**, s. 20; **Schmitt**, s. 576.

⁹⁰ **Hein**, s. 23; **Schmitt**, s. 577. Burada değinilmesi gereken bir karar ABAD'ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı) 2011 tarihli Zambrano kararıdır. ABAD'ın söz konusu karardaki yaklaşımı da AİK düzenlemesi ile aynı doğrultudadır. Mahkeme, diğer aile bireyelerine ikamet izni verilmemesini, vatandaş olan çocuğu da etkileyebileceğinden hareketle yabancı ebeveyne ikamet izni verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararda mahkeme özet olarak, Belçika ve dolayısıyla AB vatandaşı olan iki küçük çocuğun ebeveynlerine çalışma ve ikamet izni verilmemesi halinde, yaşları küçük olduğu için çocuklar da aileleriyle Belçika'yı terk etmek zorunda kalacaklarından, AB vatandaşı olan çocukların AB vatandaşlığından kaynaklanan haklarını gereği gibi kullanamayacağı gerekçesiyle, ikamet izni verilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Karar ve karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Hein**, s. 44 vd.; **Druschke**, s. 57-58; **Schmitt**, s. 368; **Yücel, Gerçek Şahin** (2013) "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği Vatandaşlığı ile İlgili Son Yaklaşımları", Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C: 21, S: 2, s. 44 vd.; **Özgenç**(2019), s. 196 vd.

⁹¹ **Schmitt**, s. 577.

⁹² **Hein**, s. 23; **Schmitt**, s. 556; **Druschke**, s. 58 vd.

⁹³ Serbest dolaşım özgürlüğü AİHS 4 Numaralı Ek Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenmektedir.

⁹⁴ **Druschke**, s. 58. Örneğin Alman vatandaşı annesini trafik kazasında kaybeden Alman çocuğun yabancı uyruklu babası hakkında verilen sınır dışı edilme kararının icrası, çocuğun da *de facto* olarak ülkeyi terk etmesine yol açacaktır. Örnek için bkz. **Druschke**, s. 59.

aile birleşimlerinde, Kanunda Alman vatandaşına bağlı olarak ikamet izni verilecek kişilerde Almanya'da geçimini sağlayabileceğini garanti etmesi şartı aranmamıştır⁹⁵. Oysa Kanun'un 5. maddesinde bu şart Almanya'da ikamet izni talep eden herkes için öngörülen genel bir şarttır. Bu şartın aranmamasının gerekçesi, kendisine bağlı olarak ikamet izni verilecek kişi hâlihazırda sosyal yardım alması durumunda, zaten aile birliğinin Almanya dışında bir ülkede de malî sebepler nedeniyle kurulamayacak olduğu yönündeki varsayımdır⁹⁶.

AİK'da vatandaşa, yabancıya nazaran ayrıcalık tanıyan bir düzenleme de aile birleşimlerinde velayete ilişkindir⁹⁷. Alman çocuk ile Almanya'da birleşecek olan yabancı ebeveynin kural olarak çocuğun velayetine sahip olması gerekir. Başka bir deyişle Alman çocuğa bağlı olarak ikamet izni verilecek olan ebeveyn, kural olarak sadece velayet hakkı sahibi ebeveynindir⁹⁸. Zira temel olarak Alman vatandaşı çocuğa bağlı olarak verilen ikamet izni, ebeveynin velayet yükümlülüklerini yerine getirmesi için verilmektedir. Ayrıca velayet sahibi ebeveyni ile yaşamasında çocuğun yüksek yararının olduğu kabul edilir⁹⁹. Bununla beraber eğer aile birliği daha önceden zaten Almanya'da kurulmuşsa velayet hakkı olmayan ebeveyne de ikamet izni verilebilir¹⁰⁰. Alman doktrininde Alman annesi ile Almanya'da yaşayan Alman çocuğun, sırf babası ile bağlarının kopmaması için ülkeyi terk etmesi beklenemeyeceğinden, yabancı babaya ikamet izni verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰¹. Oysa Almanya'da ikameti

⁹⁵ **Hein**, s. 22; **Schmitt**, s. 498. Kanunun lafzından bu şartın aranmamasında idarenin takdir hakkının olmadığı anlaşılmaktadır.

⁹⁶ **Hein**, s. 23.

⁹⁷ AİK'da Alman çocuğun vatandaşlığının korunması amacıyla, çocuğun yabancı ebeveynine ikamet izni verilmesi halinin özel olarak düzenlendiği kabul edilmektedir; **Hein**, s. 23.

⁹⁸ **Hein**, s. 23-24; **Schmitt**, s. 498.

⁹⁹ **Hein**, s. 90.

¹⁰⁰ **Hein**, s. 24; **Schmitt**, s. 498. Başka bir deyişle burada yurtdışından ülkeye taşınma değil de ülkedeki kalışın aile birleşimi nedeniyle yasal hale getirilmesi söz konusudur. Bu halde idare takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu takdir yetkisi kullanılırken çocuk ve ebeveyn arasındaki ilişki ve özellikle bu ilişkinin çocuğun gelişimi üzerindeki etkileri dikkate alınmalıdır; **Hein**, s. 23-24.

¹⁰¹ **Schmitt**, s. 556.

bulunan yabancı bir çocuğun ebeveyni ile aile birleşimi halinde ise mutlaka ebeveyn ve çocuk arasında bir velayet bağının varlığı aranmaktadır¹⁰².

Türk hukuku açısından da yapılacak muhtemel bir kanun değişikliğinde, AİK düzenlemesine benzer bir şekilde vatandaşa bağlı olarak verilecek ikamet izinlerinde, en azından çocuğun söz konusu olduğu hallerde daha hafif şartların aranması gerektiği kanaatindeyiz.

Evlilik ilişkisinin sona ermesi pek çok hukuk sisteminde aile ikamet izninin de sona ermesine yol açmaktadır¹⁰³. Nitekim eşine bağlı olarak ikamet izni alan kişi, eşi ile boşandıktan sonra eş sıfatını kaybedeceğinden bu sıfat ile elde ettiği ikamet izni hakkını da kaybeder. Oysa aile birleşimi hakkını aile ikamet izni ile eş değer kabul etmemek gerekir. Kanaatimizce YUKK'ta öngörülen aile ikamet izni şartlarını sağlayamayan kişilerin, aile birleşimi hakkından mahrum bırakılmaması gerekir.

Aile kavramı başlığında yer verdiğimiz tek ebeveynli aile kavramı üzerinden verilebilecek bir örnek, konunun öneminin ve hassasiyetinin anlaşılmasında yardımcı olacaktır. YUKK'ta yer verilen senaryoda destekleyici ve dolayısı ile kendisine bağlı olarak ikamet izni verilecek kişi eş ya da ebeveynidir. Bununla beraber kendisine bağlı olarak ikamet izni verilecek olan kişinin çocuk olması ihtimâli Kanun'da düzenlenmemiştir. YUKK m. 34 düzenlemesine göre ebeveynlerden sadece birisi ve çocuğun oluşturduğu bir ailede destekleyici Türk ebeveyn iken çoğunlukla Kanunda aranan şartların sağlanmasında bir sorun ile karşılaşılacaktır. Nitekim destekleyici yetişkin olduğu için, gelir ya da uygun yaşam alanı şartlarının sağlanması daha olasıdır. Bununla beraber çocuk Türk vatandaşı ve aile birleşimi hakkından faydalanmak isteyen ebeveyn yabancı ise nasıl bir çözüm yoluna gidilmesi gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Kanaatimizce Kanun'un aile ikamet izni konusunda lafzı açık olduğundan böyle bir durumda, yabancı ebeveynin aile ikamet izninden faydalanılabilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifade ile Kanun'un 34. maddesinde aile ikamet izni alabilecekler arasında Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveyni sayılmamıştır. Kaldı ki sayılması

¹⁰² Druschke, s. 203.

¹⁰³ Burek, s. 105; Druschke, s. 30.

durumunda dahi, pek çok olayda çocuğun destekleyici olabilmesi mümkün değildir. Nitekim çocuğunun destekleyici olarak gelir ya da uygun yaşam alanı şartlarının sağlanması çoğunlukla mümkün olmayacaktır. Bu hâlde, Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveynine aile ikamet izni verilmesi Kanunen mümkün değildir. Oysa yukarıda yer verdiğimiz AİK düzenlemesine benzer bir düzenleme ile yabancı bir ebeveynin Türk vatandaşı çocuğuna bağlı olarak aile birleşimi kapsamında Türkiye’de ikamet izni alabilmesi mümkün kılınabilir.

C. AİLE BİRLEŞİMİ SEBEBİYLE İNSANİ İKAMET İZİNİ VERİLMESİ

YUKK’un insanî ikamet iznini düzenleyen 46. maddesinde çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda, diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan, Bakanlıkça belirlenen sürelerle sınırlı olmak kaydıyla ve Genel Müdürlüğün onayı alınarak valiliklerce insanî ikamet izni verilebileceği ve bu izinlerin uzatılabileceği kabul edilmiştir.

İnsanî ikamet izni, acil durumlarda Türkiye’de kalmak zorunda olan yabancılara yönelik olduğundan istisnaî niteliği haizdir. Asıl olan yabancının diğer ikamet izin türlerinden birisi ile Türkiye’de ikamet etmesidir. Çünkü insanî ikamet izninde, yabancının Türkiye’de kalmasında zorunluluk vardır¹⁰⁴. Zorunluluk ortadan kalkınca insanî ikamet izni iptal edilir (m. 47).

Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda, çocuğun bakımını ve velayetini üstlenen ebeveynine, aile ikamet izni verilemese de insanî ikamet izni verilebilmesi mümkündür¹⁰⁵. Uygulamada da çocuk ister Türk vatandaşı olsun ister olmasın çocuğun yabancı ebeveynine insanî ikamet izni verilmektedir¹⁰⁶. Eğer yabancı ebeveyn, önceden aile ikamet izni ile kalıyorsa aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçiş yapabilir (YUKK m. 31/1-ğ)¹⁰⁷.

¹⁰⁴ **Ekşi, Nuray** (2018) “Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C: 38, S: 2, s. 249.

¹⁰⁵ **Esen**, s. 278; **Ekşi**, s. 254-255.

¹⁰⁶ Uygulama örnekleri için bkz. **Ekşi**, s. 254 vd.

¹⁰⁷ İstanbul 1. İdare Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, üç çocuğu bulunan ve Türk vatandaşı ile evli olan Cezayir vatandaşı anne, eşinden boşanmıştır. Annenin insanî ikamet izni talebi, idarece reddedilmiştir. Mahkeme ise, çocukların henüz 18 yaşını doldurmamış

Özellikle Türk vatandaşı çocukların yabancı ebeveynine bu şekilde istisnâî nitelikte ikamet izni verilmesi eleştiriye açıktır. Çünkü insanî ikamet izni sahipleri, Türkiye’de ne kadar kalırlarsa kalsınlar, uzun dönem ikamet izni başvurusunda bulunamazlar (YUKK m. 42/2), Türkiye’de insanî ikamet izni ile geçirilen süreler Kanunda öngörülen ikamet sürelerinin toplanmasında dikkate alınmaz (YUKK Uygulama Yönetmeliği m. 44/4). Açık bir hüküm olmamakla birlikte insanî ikamet izni ile Türkiye’de kalan ebeveynin ikameti, Türk vatandaşlığının kazanılmasında da dikkate alınmayabilir. Çünkü Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 71/1-ç maddesinde “çocuğuna refakat” amacıyla Türkiye’de kalan kişinin ikametinin de vatandaşlığın kazanılmasında geçerli bir ikamet olarak kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Kaldı ki, insanî ikamet izninin zorunluluktan verildiği ve yerleşme niyetini içermediği de ileri sürülebilir. Hâlbuki yabancı ebeveynin amacı, çocuğu ile birlikte Türkiye’de yaşamak olabilir.

Doktrinde insanî ikamet izninin istisnâî niteliğinin göz ardı edilerek bu izin türünün yasa dışı göçü yasal hâle getirmek amacı ile kullanıldığı ifade edilmiştir¹⁰⁸. Bazı yabancıların Türkiye’deki yasa dışı kalışlarına çare olarak insanî ikamet izni verildiği ve Kanunun amacı dışında kullanıldığı dile getirilmektedir¹⁰⁹.

Kanaatimizce *de lege feranda* hukuk bakımından Türkiye’de ikamet hakkı olan özellikle de Türk vatandaşı olan bir çocuğun yabancı ebeveynine aile ikamet izni verilmelidir. Çünkü yabancı ebeveynin ikametinin sebebi, çocuk ile bir aile hayatına sahip olmasıdır. Ancak bunun için Kanunda düzenleme yapılması gerekmektedir. Mer’î mevzuatımız bakımından, bu yabancıların kısa dönem ikamet iznine müracaat edebilmeleri gerektiğini düşünmekteyiz. Her ne

olduğunu; davacının sınır dışı edilmesi halinde velayet görevini yerine getiremeyeceğini; bu durumun ise çocuğun yüksek menfaatine aykırı olacağını belirterek insani ikamet izni başvurusunun reddine ilişkin işlemi iptal etmiştir. Mahkemenin kararı, davacının Kanunda sayılan diğer ikamet izinlerinden birini alıp alamayacağı değerlendirilmediği için doktrinde eleştirilmiştir; **Ekşi**, s. 255. Gerçekten de söz konusu olayda davacı anne, YUKK m. 31/1-ğ gereğince kısa dönem ikamet türüne geçiş yapabiliirdi.

¹⁰⁸ Doktrinde Nisan 2018 yılına kadar 56.000 kişiye insanî ikamet izni düzenlendiği ifade edilmiştir; **Ekşi**, s. 281.

¹⁰⁹ **Ekşi**, s. 282; **Esen**, s. 274.

kadar Türk vatandaşı çocukların ebeveynleri Kanun'un 31. maddesindeki listede yer almasa da kısa dönem ikamet izni “genel ikamet izni” ya da “olağan ikamet izni” olarak nitelendirilebilmektedir¹¹⁰. Dolayısıyla mer'î mevzuatımız bakımından Türk vatandaşı çocukların yabancı ebeveynlerine, olağanüstü durumlar için öngörülen insanî ikamet izni yerine kısa dönem ikamet izni verilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

IV. İKAMET İZİNİ VERİLMESİNDE ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI

Hukukumuzda (YUKK m. 46) çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda yabancılara insanî ikamet izni verilmesi kabul edilmiştir. Ancak kanaatimizce, hangi türde olursa olsun, yabancıya ikamet izni verilmesinde çocuğun yüksek yararı öncelikle göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir deyişle sadece insanî ikamet izninde değil; kısa dönem veya aile ikamet izni verilmesinde de çocuğun yüksek yararı gözetilmelidir. Nitekim konu aile hayatına saygı hakkı ve aile birleşimi kapsamında değerlendirildiğinde, çocuğun aile hayatı içinde yaşamasının onun yüksek yararına olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle çocuğun yüksek yararı gereğince yabancı ebeveyne ikamet izni verilmesine AİHM'nin yaklaşımı önem arz etmektedir.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KARARLARINDA ÇOCUĞUN YÜKSEK YARARI ÇERÇEVESİNDE EBEVEYNE İKAMET İZİNİ VERİLMESİ

Çocuğun yüksek yararı, çocuğu ilgilendiren tüm meselelerde başlıca göz önünde tutulması gereken bir husustur¹¹¹. Devletin kararından etkilenen bir çocuk varsa, çocuk nerede bulunursa bulunsun, onun yüksek yararı

¹¹⁰ Esen, s. 174.

¹¹¹ Klaassen, Mark/Rodrigues, Peter (2017) “The Best Interests of the Child in EU Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24(2) Charter” European Journal of Migration and Law, C: 19, s. 192; Cremer, s. 314.

gözetilmelidir¹¹². Bu kavram AİHM kararları ile de genel bir uluslararası hukuk ilkesi ve milletlerarası topluma ait bir menfaat¹¹³ niteliği kazanmıştır¹¹⁴.

Bu ilke, hukukta tanımlanması ve anlaşılması en zor kavramlardan birisi olarak kabul edilmektedir¹¹⁵. Neyin çocuğun yüksek yararına olduğu ve bu kavrama nasıl bir önem atfedilmesi gerektiği, cevaplanması gereken sorulardır. Doktrinde çocuğun yüksek yararı kavramının üç farklı işlevi olduğu kabul edilmektedir¹¹⁶. Bunlar; (1) diğer maddî haklar için yorumlayıcı bir araç olmak, (2) iki hak arasında bir köprü görevi görmek ve (3) bir hak çatışması olduğunda arabulucu olarak hizmet etmektir.

Aile birliğinin sağlanması, çocuğun yüksek yararı açısından son derece önem taşımaktadır¹¹⁷. AİHM aile birleşiminde çocuğun yararını tespit ederken çocuğun menşe ülke ve ev sahibi ülke ile bağlarının kapsamını¹¹⁸, ilgili çocuğun yaşını ve etkili bir aile bağının varlığını dikkate almaktadır¹¹⁹. Bununla beraber Mahkemenin, çocuğun yararını belirleme konusunda tutarlı bir yaklaşımının olduğu da söylenebilir¹²⁰.

ÇHS'de açıkça ifade edildiği üzere aile birliğinin korunması, çocuğun refahı için hayati önemi haizdir¹²¹. Devletin, çocuğun doğumdan itibaren aileye

¹¹² Cremer, s. 315.

¹¹³ Güngör, Gülin (2021) Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara, Yetkin, s. 75.

¹¹⁴ Smyth, s. 71; Sizer, Merve (2020) "Yabancıların Ülkeden Uzaklaştırılmasına İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü", (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9.

¹¹⁵ Smyth, s. 71.

¹¹⁶ Burek, s. 198; Smyth, s. 72.

¹¹⁷ Schmitt, s. 39.

¹¹⁸ Mahkemenin ev sahibi ülke ile menşe ülke arasında sosyal ve ekonomik olarak bir değerlendirme yapmaması ve çocuğun yararını bu kapsamda değerlendirmemesi hakkındaki eleştiriler için bkz. Smyth, s. 91-92. Oysa çocuğun fizikî, zihni, ruhi, ahlâkî ve sosyal gelişimi için yeterli bir yaşam standardına sahip olması sağlanmalıdır. Çocuğun yaşam standardının, ebeveyne bu standardın sağlanması ile ilgili olduğu hakkında bkz. Smyth, s. 92.

¹¹⁹ Smyth, s. 75; Karar verilirken mümkünse ÇHS m. 12 kapsamında çocuğun görüşünün de alınması gerektiği görüşü hakkında bkz. Smyth, s. 90 vd.

¹²⁰ Smyth, s. 85. Mahkemenin çocukla ilgili kararların çoğunluğunda itiraz edilen yerel kararı onayladığı hakkında, bkz. Smyth, s. 93.

¹²¹ Cremer, s. 315.

tam entegre olmasını sağlamak konusunda yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak aile birliğinin, her zaman çocuğun yararına olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği de unutulmamalıdır¹²².

AİHM'in genel tutumunun esasen¹²³, eşlerin boşanmış olmaları durumunda çocuğun yararını daha fazla gözetmek yönünde olduğu söylenebilir. Boşanma davalarında Mahkemenin tutumu, çocuğun yüksek yararının her iki ebeveynle birlikte olması ile gerçekleşebileceği yönündedir¹²⁴. Çocuğun velayeti ebeveynlerden birine tevdi edilse de diğer eşle kişisel ilişki kurulması ile çocuk her iki ebeveynle birlikte olabilmektedir. Nitekim ebeveynlerin birlikte olduğu bir kararda¹²⁵ Mahkeme, ailenin toplu olarak başka ülkeye göç etmesini, üstesinden gelinemez bir engel olarak kabul etmemiştir¹²⁶.

Eşlerin evli olmadığı durumlarda ise, ebeveynlerden birisinin sınır dışı edilmesi, çocuğun zorunlu olarak ebeveynlerden birisinden ayrılması anlamına gelecek ve çocuk her iki ebeveynle de birlikte olamayacaktır. Çocuk hangi tarafla kalırsa kalsın, diğeri ile olan ilişki önemli ölçüde engellenecektir. Çocuklara ilişkin ihlâl iddialarında AİHM, yaş, etkili aile bağları, çocuğun ev sahibi ülke ve sınır dışı edileceği ülke ile bağları gibi çocuğun içinde bulunduğu şartları dikkate almaktadır. Çocuğun ev sahibi ülke ve sınır dışı edileceği ülke ile bağlarını tespit ederken çocuğun bir ülkede geçirdiği süreyi, konuştuğu dili, sahip olduğu kültürü dikkate almaktadır. Yine çocuğun sahip olduğu vatandaşlık da bu bakımdan önemlidir. Örneğin ev sahibi devletin

¹²² Smyth, s. 88.

¹²³ Rodrigues da Silva, Nunez ve Udeh davalarından bu çıkarıma ulaşılabilmektedir.

¹²⁴ AİHM'nin önemli olanın ailenin nerede olduğu fark etmeksizin, bir şekilde bir arada olması gibi bir yaklaşım içinde olması, 'çocuğun yüksek yararı kararlarda önemini yitiriyor' endişesi ile eleştirilmektedir. Smyth, s. 99.

¹²⁵ Bkz. Antwi ve diğerleri v. Norveç, Başvuru No: 26940/10, 14.02.2012.

¹²⁶ Smyth, s. 98-99. Bu olayda anne ve çocuk Norveç vatandaşlığına sahip olmasına ve çocuk Norveç toplumuna tamamen entegre olmasına ve Mahkemece ailenin Gana'daki hayata uyum sağlamasının zor olacağı kabul edilmesine rağmen ebeveynler hala bir arada olduklarından 8. madde kapsamında ihlâl kararı verilmemiştir. Antwi ve diğerleri v. Norveç, p. 98, 105.

vatandaşlığını taşıyan bir çocuğun durumu, menfaatlerin dengelenmesinde önemli kabul edilmektedir¹²⁷.

Çalışmamız kapsamında AİHM'in *Nunez v. Norveç* kararının üzerinde durulmasında fayda bulunmaktadır¹²⁸. Bu kararda AİHM, çocukların durumunu özellikle ele almıştır. Başvurucu Norveç'ten daha önce sınır dışı edilmiş, fakat yasa dışı yollarla Norveç'e tekrar giriş yapmış Dominik Cumhuriyeti vatandaşı bir annedir. Başvurucu hakkında iki yıllık ülkeye giriş yasağı olmasına rağmen sınır dışı edildikten dört ay sonra kimliği, Norveç'teki önceki kalışı ve eski mahkûmiyetleri hakkında yanıtıcı beyanda bulunarak tekrar ülkeye giriş yapmıştır. Böylece, hak kazanmadığı halde oturma ve çalışma iznini elde ederek ülkede yaşamaya ve çalışmaya başlamıştır. Başvurucu bu esnada başka bir Dominik Cumhuriyeti vatandaşı ile ilişki kurmuş ve bu ilişkiden iki çocuk dünyaya gelmiştir. Söz konusu kararda çocukların velayeti, Norveç'te ikamet eden babaya verilmiş ve yabancı anneye de sadece Norveç'te çocukları ziyaret hakkı (kişisel ilişki kurma) tanınmıştır. Mahkeme, bu kişinin ikinci defa sınır dışı edilmesinin Norveç'te dünyaya gelen ve başka hiçbir yerde yaşamamış olan çocuklar üzerinde doğuracağı muhtemel sonuçları dikkate alarak bir hak ihlâlinin olduğu yönünde karar vermiştir¹²⁹. Zira anne hakkında sınır dışı etme ve iki yıl süre ile ülkeye giriş yasağı kararı konulması, çocuklarla annenin iletişimini kesecektir. Yaşları dikkate alındığında çocukların iki yıl anneden ayrı kalmaları, çocukların yüksek yararına aykırıdır¹³⁰. Bu kararda ayrıca Mahkeme, velayetin 2007 senesinde babaya verilmiş olmasının o zamana kadar çocuklarla asıl ilgilenen kişinin başvuru olduğu gerçeğini değiştirmedigini de ifade etmiştir. Buradan hareketle denilebilir ki, aile hayatının varlığından söz edebilmek için ebeveyn ile çocuk arasında bir velayet ilişkisinin bulunması zorunlu değildir. Ebeveynden ayrı kalmanın çocuklar için

¹²⁷ Sizer, s. 92.

¹²⁸ Bkz. *Nunez v. Norveç*, Başvuru No: 55597/09, 28.06.2011.

¹²⁹ Bu kararın gerekçesinde, devletin başvurusunun ülkeye yasadışı yollarla girmesinden uzun bir süre geçtikten sonra hareket etmiş ve karar sürecinin de uzun sürmüş olması nedeniyle etkin olmayan bir tutum sergilemesi nedeniyle de ihlâlin gerçekleştiğine dayanılmıştır. Başka bir deyişle devletin göç kontrolünü iyi yapmadığına ve usuli yükümlülüklerini ihlâl ettiğine karar verilmiştir.

¹³⁰ *Nunez v. Norveç*, p. 81; Smyth, s. 78.

ciddî bir üzüntü kaynağı olacağı Mahkeme tarafından dikkate alınmıştır¹³¹. Mahkemenin özellikle aşağıdaki değerlendirmeleri önemlidir.

*“Özellikle çocukların anneleri ile uzun süreli ve yakın bağları, idari makamlar nezdinde geçen uzun süreler ve çocukların bu sürede yaşadıkları sıkıntı ve rahatsızlıklar dikkate alındığında, idari makamlar tarafından annenin sınır dışı edilmesinde çocukların yüksek yararının dikkate alındığı konusunda Mahkeme ikna olmamıştır. ÇHS’nin 3. maddesinde kamu makamlarınca yapılan tüm işlemlerde çocukların yüksek yararının dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Davalı devletin etkin göç kontrolünü sağlamaya yönelik kamu menfaati ile başvuranın Norveç’te kalarak çocukları ile iletişimin devamındaki menfaat arasında adil bir denge kurmaya çalışırken davalı devlet yetkililerinin takdir yetkisi içinde kaldığı hususunda Mahkemede bir kanaat oluşmamıştır.”*¹³²

Jeunesse/Hollanda, davasında¹³³ AİHM, başvuranın ev sahibi ülkede uzun yıllar (16 yıl) kalmasına müsamaha gösterildiğini ve böylece kişinin orada güçlü bir aile hayatı kurmasının yanında sosyal ve kültürel bağlar geliştirdiğini tespit etmiştir¹³⁴. Ayrıca başvuran diğer göçmenlerden farklı olarak, doğumla Hollanda vatandaşlığını kazanmış ancak 1975 yılında Surinam’ın bağımsız olması ile iradesi dışında Hollanda vatandaşlığını kaybetmiştir¹³⁵. Mahkemeye göre, annenin sınır dışı edilmesinin üç çocuğuna etkisini, Hollanda makamları dikkate almalıdır. Mahkemenin kararı aynen şu şekildedir:

“Mahkeme, bu davada Hollanda yetkililerince alınan kararın başvuranın üç çocuğu üzerindeki etkisinin de önemli olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme, yukarıdaki paragrafta

¹³¹ **Nunez v. Norveç**, p. 81, 84. Mahkeme özellikle küçük yaşta çocukların her iki ebeveynle de düzenli bir iletişim halinde olmalarını önemli görmektedir. **Smyth**, s. 77. Benzer yönde bir karar için bkz. **Udeh v. İsviçre**, Başvuru No: 12020/09, 16.04.2013.

¹³² **Nunez v. Norveç**, p. 84.

¹³³ **Jeunesse v. Hollanda**, Başvuru No: 12738/10, 03.10.2014.

¹³⁴ **Jeunesse v. Hollanda**, p. 116.

¹³⁵ **Jeunesse v. Hollanda**, p. 115.

*(paragraf 109)¹³⁶ zikredilen menfaatlerin dengelenmesinde çocukların yüksek yararlarının dikkate alınması gerektiğini gözlemlemektedir. Mahkeme bu noktada, uluslararası hukukta çocukların yüksek yararının korunması gerektiğinde geniş bir fikir birliği olduğunu yinelemektedir. Tek başlarına belirleyici olmasa da çocukların yüksek yararına özel bir önem verilmelidir. Bu amaçla Mahkeme aile birleşimi ile ilgili olaylarda, ilgili reşit olmayan çocukların şartlarına, özellikle yaşlarına, ilgili ülkedeki durumlarına ve ebeveynlerine ne ölçüde bağımlı olduklarına dikkat edilmesi gerektiği kanaatindedir.*¹³⁷

Kararda etkili olan bir diğer unsur da başvuranın kocasının ve üç çocuğunun ev sahibi ülke olan Hollanda vatandaşlığına sahip olmasıdır. Mahkeme ayrıca annenin sınır dışı edilmesinin çocukların yüksek yararına aykırı olduğunu değerlendirmiştir. Anne ev kadınıdır ve tüm gün çocuklarla ilgilenmektedir. Baba ise vardiyalı bir işte tam zamanlı çalışmaktadır ve bu sebeple bazı geceler eve gelememektedir. Anne, babaları gibi vatandaş oldukları Hollanda ile derin köklere sahip olan çocukların birincil ve sürekli bakıcısıdır. Çocukların hiç bulunmadıkları Surinam ile bir bağlantıları yoktur. Mahkeme tüm bu unsurları birlikte değerlendirerek annenin sınır dışı edilmesini çocukların yüksek yararına aykırı bulmuştur¹³⁸.

Bu tür davalarda Mahkeme göç konularında devlete tanınan takdir yetkisi ile ilgili kimselerin yani başvuran, kocası ve özellikle çocukların menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmaktadır. Nitekim çocuğun yüksek yararı devletin göç politikasına karşı bir tehdit olarak

¹³⁶ Paragraf 109'da Mahkeme, dahil olduğu bütün olaylarda çocukların yüksek yararının dikkate alınması gerektiğini, bu konuda uluslararası hukukta genel bir fikir birliği bulunduğunu, tek başına belirleyici olmasa da çocukların yüksek yararına ağırlık verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda milli karar alma makamları, yabancı bir ebeveynin ülke dışına çıkarılmasının uygulanabilirliğini, uygunluğunu ve orantılılığını, bu karardan doğrudan etkilenen çocukların yüksek yararının etkili bir şekilde korunması ve dikkate alınması bağlamında değerlendirmelidir; **Jeunesse v. Hollanda**, p. 109.

¹³⁷ **Jeunesse v. Hollanda**, p. 118.

¹³⁸ **Jeunesse v. Hollanda**, p. 119.

kabul edilebilir¹³⁹. Bir yanda kamu otoritelerinin ülkeye göçü kontrol etmeye çalışmadaki kamu menfaati diğer tarafta başvuranın kocası ve çocukları ile bir aile olarak Hollanda’da aile olarak yaşamalarındaki menfaat söz konusudur. Mahkeme somut olayda, genel göç politikası mülahazalarının, başvuranın Hollanda’da ikametini reddetmesi için yeterli olmadığını değerlendirmiştir¹⁴⁰.

B. AİHM VE AYM KARARLARINDA, İKAMET İZİNİ VERİLMESİNDE DEVLETİN TAKDİR YETKİSİNİ KULLANIRKEN GÖZETMESİ GEREKEN KRİTERLER

1. Genel Olarak

İkamet izni verilmesinde devletlerin geniş takdir hakkına sahip oldukları kabul edilmektedir. Devletlerin sahip olduğu egemenlik hakkı, devlete ülkesine girmek ve burada ikamet etmek isteyen yabancılara izin verme konusunda oldukça geniş bir takdir hakkı sağlamaktadır¹⁴¹. Bu durum doğrudan devletin egemenlik hakkının kullanılması ile ilgili kabul edildiğinden uluslararası hukukta da devleti zorlayan bir hüküm bulunmamaktadır. AİHM de yabancıların ülkeye girişi, ülkede ikameti ve ülkeden çıkarılması konusunda devletlerin münhasır yetkiye sahip olduğunu kabul etmektedir¹⁴². Nitekim YUKK’ta da yabancıya vize verilmesinin, ülkeye giriş konusunda yabancıya mutlak bir hak sağlamayacağı kabul edilmiştir (YUKK m. 11/3).

Ancak devletin, yabancıların ülkeye giriş ve ülkede ikametlerine izin konusundaki takdir yetkisi milletlerarası anlaşmalar ile sınırlandırılabilir. Örneğin, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesindeki¹⁴³, “geri gönderilmeme= *non refoulement*” ilkesi (m.

¹³⁹ Schmitt, s. 42.

¹⁴⁰ Jeunesse v. Hollanda, p. 120.

¹⁴¹ Burek, s. 81; Kriebner, s. 12; Thym, s. 87. Danıştay’ın, yabancıların ülkede ikametlerine ilişkin idarenin işlemlerine karşı açılan davaları “Devletin hükümlerlik/egemenlik hakkı” gibi gerekçelerle reddetmesi, idarenin bu konudaki geniş takdir yetkisini göstermektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aygül, s. 25 vd. Ülkede yabancılara ikamet izni verilmesi konusundaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, s. 149 vd.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, s. 43.

¹⁴³ RG. 05.09.1961/10898.

33) sebebiyle devletler, sınırına gelmiş ve Sözleşmedeki şartları taşıyan yabancıları ülkeye kabul etmek zorunda kalabilirler¹⁴⁴. Çalışma konumuz bakımından ise AİHS’te koruma altına alınan aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde, ülkesinde ikamet hakkına sahip birisi ile evlenen yabancıya, bazı şartların gerçekleşmesi ile aile birleşimi çerçevesinde ülkeye giriş ve ülkede ikamet hakkı verilmesi söz konusu olabilir¹⁴⁵.

AİHS’in 8. maddesindeki aile hayatına saygı hakkı, mutlak bir hak olarak kabul edilmemektedir. Bu hak, aile birleşimini zorunlu tutmamakta ve bireylere aile hayatının devamı için en uygun yeri seçme hakkını vermemektedir. AİHS m. 8’de aile hakkı düzenlenirken maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın hangi hallerde sınırlandırılabilceğine bir başka deyişle meşru amaçların neler olduğuna yer verilmiştir.

“Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir (m. 8/2).”

AİHM, aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahaleleri Sözleşme’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen kanunilik, meşru amaç, demokratik

¹⁴⁴ Sözleşmede kabul edilen “geri gönderilmeme” ilkesinin milletlerarası teamül kuralı olduğu yönünde bkz. **Öztürk, Neva Övünç** (2015) Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi, Ankara, Seçkin, s. 119.

¹⁴⁵ AİHM’nin bu konuya yaklaşımı önceden olumsuz iken, diğer bir ifade ile Mahkeme, aile hayatına saygı ilkesini, yurt dışında yaşayan eşe ikamet izni verilmesini gerektirecek derecede geniş yorumlamamakta iken, daha sonraki kararlarında belirli şartların sağlanması şartıyla, yabancı eşe ülkede ikamet hakkı tanınmasının aile hayatına saygı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesini makul görmüştür; **Roagna**, s. 87. “Devletlerin yabancıların ülkelerinde ikametine izin vermek konusunda AİHS’ten kaynaklanan bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte; kişilerin bir ülkede ikamet etmeleri, Onların AİHS’in 8. maddesinde kısmen de olsa korunan toplumsal bağla ve hatta iş hayatı kurmaları ve geliştirmelerini sağlayan önemli bir araçtır. Bu yönüyle yabancıların bir ülkede ikamet etme hakkını kısıtlayan önlemlerin, ilgili bireylerin özel hayatı veya aile hayatı yahut her ikisi üzerinde ölçsüz yansımaları olmaları halinde, bu önlemler bazı vakılarda m. 8’in ihlâline neden olabilir”; **Esen**, s. 33-34.

toplumda gereklilik ve orantılılık ilkeleri bakımından incelemeye tâbi tutmaktadır¹⁴⁶. Çalışma konumuz bakımından AİHM, aile hayatının ihlâl edilip edilmediğini tespit ederken ilgililerin başka bir ülkede aile hayatı kurup kuramayacaklarını da dikkate aldığı için bu konu da ayrı başlık altında incelenmiştir.

2. Müdahalenin Kanuna Dayanması

AİHS m. 8/2'de aile hayatı hakkının kanunla sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Dolayısı ile aile hayatına müdahalenin bir ihlâl olarak değerlendirilmemesi için, öncelikle bu müdahalenin kanun uyarınca yapılması, diğer bir ifadeyle kanunî dayanağının olması gerekir¹⁴⁷. Söz konusu sınırlama Anayasamız ile de uyumludur. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi bakımından temel norm niteliğinde olan Anayasa'nın 13. maddesi gereğince sınırlamanın kanunla yapılması aranmıştır. Yine Anayasa'nın 16. maddesinde yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin ancak kanunla sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir¹⁴⁸.

AİHM, aile hayatına bir müdahale tespit ettikten sonra ilk olarak bu müdahaleyi kanunilik testine tâbi tutmaktadır. Bu testi geçemeyen müdahaleler bakımından Mahkeme başka bir inceleme yapmaksızın ihlâl kararı vermektedir¹⁴⁹. AİHM içtihatları uyarınca, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine imkân tanıyan kanunî düzenlemelerin, erişilebilirlik, öngörülebilirlik, keyfi kullanıma karşı güvenceler içermesi/belirli bir kriterlere uygun olmasını aramaktadır¹⁵⁰. Özellikle sınır dışı kararı verilirken devletin keyfi uygulamalardan kaçınması ve hukukilik ilkesi gereğince aleyhinde karar verilen kişinin de sürece dahil edilmesi gerekmektedir. Nitekim AİHM vermiş olduğu bir kararda, başvurunun sınır dışı edilmesi kararının gizli bir soruşturmaya dayandırılması suretiyle kişinin aile birleşim hakkının

¹⁴⁶ Arslan Öncü, s. 151.

¹⁴⁷ Kanunilik denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Öncü, s. 153 vd.

¹⁴⁸ Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında Anayasanın 13. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı hakkındaki farklı görüşler için bkz. Aygül, s. 79 vd.; Esen, s. 29.

¹⁴⁹ Arslan Öncü, s. 153.

¹⁵⁰ Söz konusu kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan Öncü, s. 155 vd.

ihlâl edildiğini kabul etmiştir¹⁵¹. Yine benzer bir kararda sınır dışı kararının alınmasında ve uygulanmasında kullanılan mekanizmaların uygunsuzluğu nedeniyle ihlâl kararı verilmiştir¹⁵². Ulusal güvenliği tehdit eden hâllerin devlet tarafından somut olaya göre takdir edilme yetkisinin bulunması, idare tarafından bu yetkinin suistimal edilmesine neden olmamalıdır¹⁵³.

Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveynine ikamet izni verilmemesi ya da ikamet izninin reddedilmesi ya da uzatılmaması durumlarında, kanunilik ilkesinin yerine getirildiği söylenebilir. Çünkü yabancı ebeveynin sınır dışı edilmesi YUKK hükümlerine istinaden icra edilecektir. Nitekim AYM de YUKK'a istinaden uygulanan sınır dışı işlemlerinde kanunilik unsurunun yerine getirildiğine karar vermektedir.

“Başvurucunun sınır dışı edilmesine ilişkin uygulamanın 6458 sayılı Kanun hükümlerine dayandığı görülmektedir. Bu kapsamda başvurunun aile hayatına yönelik müdahalenin kanuni bir temelini olduğu ve 6458 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.”¹⁵⁴

3. Ev Sahibi Ülkenin Menfaatleri ile Kişilerin (Ailenin) Menfaatleri Arasındaki Dengenin Sağlanması (Orantılılık)

AYM’nin bir kararında orantılılık şu şekilde açıklanmıştır:

“Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı, başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran

¹⁵¹ C.G. ve diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No: 1365/07, 24.04.2008, p. 48.

¹⁵² Al-Nashif v. Bulgaristan, p. 114-115.

¹⁵³ Al-Nashif v. Bulgaristan, p. 122.

¹⁵⁴ Majid Momtaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/24261 30.09.2020, p. 40.

açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir (Ferhat Üstündağ, § 46).¹⁵⁵

Türkiye’de aile birliği içinde yaşayan bir aile ferdinin sınır dışı edilmesinin, aile hayatına müdahale olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu müdahalenin haklı olup olmadığı, diğer bir ifade ile ihlâl oluşturup oluşturmadığının tespitinde dikkate alınacak kriterlerden birisi devletin menfaatleri ile kişilerin menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığıdır.

Devlet ailevi nedenlerle ikamet izni verilmesinde takdir hakkını kullanırken, ikamet izni talep edenlerin menfaatleri ile ülkesinde göçü kontrol altında tutma yönündeki meşru menfaati arasındaki dengeyi korumakla yükümlüdür.¹⁵⁶ AYM de kararlarında bu hususa değinmektedir:

“Bununla birlikte sınır dışı edilen yabancının ülkede güçlü ailevi bağlara sahip olduğu durumlarda aile hayatı ile sınır dışı işleminin uygulanması bağlamında gözetilen kamusal menfaat arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (Peri Kırık, § 48).¹⁵⁷

“AİHM, orantılılık incelemesi yaparken başvuruçuların aile hayatı ile sınır dışı işleminin uygulanması bağlamında gözetilen kamusal menfaat arasında adil bir denge kurulması gereğine işaret etmiştir. Söz konusu değerlendirmede dikkate alınması gereken unsurlar arasında başvuruçular tarafından işlenen suçun niteliği ve ağırlığı, sınır dışı edilmeden önce başvuruçunun ülkede ikamet süresi, suçun işlenmesinin ardından geçen süre, ilgili diğer kişilerin vatandaşlıkları, başvuruçunun aile durumu, evliliğinin süresi, çiftin gerçek ve hakiki bir aile yaşamı sürdürüp sürdürmediğini gösteren diğer etkenler, eşin aile yaşamını kurduğu anda söz konusu suçtan haberdar olup olmadığı, evlilikte çocuk sahibi olup olmadıkları ve

¹⁵⁵ A.G. Başvurusu, p. 49.

¹⁵⁶ Özgenc, Zeynep (2018) “Sığınmacıların Aile Birleşimi Hakkı”, B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 37, S: 2, s. 306; Elçin, s. 130; Burek, s. 86; Smyth, s. 74; Wiesbrock, s. 142; Kribernegg, s. 14.

¹⁵⁷ Majid Momtaz Başvurusu, p. 46.

varsa çocukların yaşı gibi hususlar yer almaktadır...¹⁵⁸Bunun yanı sıra derece mahkemesi kararında başvurunun eşinin ve çocuklarının Türk vatandaşı olduğu belirtilmesine rağmen İdare Mahkemesi kararında işlemin başvurunun aile hayatı üzerinde doğuracağı etkiler bakımından da bir inceleme ve dengelemenin yapılmamış olduğu, başvurunun belirtilen husustaki talep ve itirazlarının karşılanmadığı, aile hayatına saygı hakkı ile ilgili hiçbir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Sonuç olarak yurda giriş yasağı ile ilgili idari ve yargısal süreçte kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması hususundaki kamusal menfaat ile başvurunun aile hayatına saygı hakkı arasında bir dengeleme yapılmadığı gibi kararlarda yer verilen unsurların da bu dengelemeye imkân verecek ayrıntı ve açıklıkta olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.¹⁵⁹

Aile hayatına saygı hakkı kapsamında çocuğun yüksek yararı ayrı bir önemi haizdir. Gerçi AİHM'in kararlarında da vurgulandığı üzere, çocuğun yüksek yararı, ikamet izninin verilmesinde temel alınması gereken tek ve belirleyici faktör değildir. AİHM, çocuğun yararını, somut olaya ilişkin tüm menfaatler arasında öncelikle ve ağırlıklı olarak gözetilmesi gereken bir husus olarak görmektedir¹⁶⁰.

AİHM tarafından çocuğun yüksek yararı, ilk defa *Rodrigues da Silva ve Hoogkamer/Hollanda* kararında¹⁶¹ dikkate alınmıştır¹⁶². Kararda Mahkeme, çocuğun yüksek yararı ile diğer kamusal menfaatler arasında adil bir denge bulunması gerektiğine karar vermiştir. Bu davaya konu olan olayda anneye Hollanda'da ikamet izni verilmemesi nedeniyle annenin sınır dışı edilmesi

¹⁵⁸ A.G. Başvurusu, p. 30.

¹⁵⁹ A.G. Başvurusu, p. 57-58.

¹⁶⁰ *Jeunesse v. Hollanda*, p. 109; *Smyth*, s. 102; *Schmitt*, s. 44; *Sizer*, s. 80 vd.

¹⁶¹ *Rodrigues da Silva ve Hoogkamer v. Hollanda*, Başvuru No: 50435/99, 31.01.2006.

¹⁶² *Sizer*, s. 85.

halinde, çocuğu ile düzenli bir ilişki kuramayacağı ve bağlarının kopacağı sonucuna ulaşılmıştır¹⁶³. Karara göre çocuğun yüksek yararı, annenin ve çocuğun Hollanda'da kalmasını gerektirmektedir. Mahkeme, davanın özel koşulları çerçevesinde ülkenin ekonomik refahına dair menfaatin, başvuranların madde 8 kapsamındaki menfaatlerinden daha ağır basmadığına ve söz konusu menfaatler arasında adil bir denge kurulmaması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir¹⁶⁴.

Ancak Mahkeme aynı kararda, bir devletin yürürlükteki mevzuatına aykırı olarak ülkede bulunan kişilerin ülkede ikamet hakkı kazanamayacaklarına da vurgu yapmıştır¹⁶⁵. Diğer bir ifade ile çocuğun yüksek yararı, ebeveynlerinin yasal olmayan yollardan ikamet hakkı elde etmelerini sağlamayacaktır.

Orantılılık ilkesinin uygulamasında, çocuğun vatandaşlığı da önemlidir. Eğer çocuk ev sahibi ülkenin vatandaşı ise, çocuğun yabancı ebeveyninin sınır dışı edilmesi çocuğun da yabancı olması ihtimaline nazaran daha zor olmalıdır. Çünkü bu hâlde ev sahibi devletin vatandaşı olan çocuk, kendisi hakkında herhangi bir işlem söz konusu olmamasına rağmen sadece ebeveyninin sınır dışı edilmesinden dolayı ülkeyi terk etmek zorunda kalabilecektir. Bu ise çocuğun, ebeveynin bir fiilinden dolayı cezalandırılması anlamına gelmektedir. Bu durum yabancı mahkeme kararlarında da tartışılmaktadır. Avusturya Yüksek Mahkemesi, çocuğun ev sahibi ülkenin vatandaşı olduğu durumlarda, yabancı ebeveynin sınır dışı edilmesi ihtimalinde çocuğun da ebeveyni ile gitme ihtimalinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁶.

4. Müdahalenin Demokratik Toplum Gereklere Aykırı Olmaması

Aile hayatına saygı hakkına bir müdahalenin, demokratik toplumun gereklere uygun olabilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılması ve orantılı olması gerekir. Orantılılık ve demokratik toplumun gereklere uygun olma kriteri, bir bütünün parçaları olarak kabul edilmekte ve aralarında sıkı bir

¹⁶³ **Rodrigues da Silva ve Hoogkamer v. Hollanda**, p. 41-42.

¹⁶⁴ **Rodrigues da Silva ve Hoogkamer v. Hollanda**, p. 44.

¹⁶⁵ **Rodrigues da Silva ve Hoogkamer v. Hollanda**, p. 43.

¹⁶⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sizer**, s. 60-61.

ilişki bulunmaktadır¹⁶⁷. Aile yaşamı hakkına müdahale edilirken bu müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olarak yapılması gerekir¹⁶⁸. Bunu sağlayacak olan ise müdahalenin orantılı olmasıdır¹⁶⁹.

AYM, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahaleden söz edebilmek için, müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması, müdahalenin amaca ulaşmaya elverişli, başvurulacak en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olması gerekliliğine işaret etmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz biçimde ağır olan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemez¹⁷⁰. Bu husus Mahkemenin bir kararında ayrıntılı olarak şu şekilde açıklanmıştır.

“Demokratik toplum düzeninin gerekleri”nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48)

»171

AİHM 2006 tarihli *Üner/Hollanda*¹⁷² kararında demokratik bir toplumda sınır dışı tedbirinin gerekli olup olmadığının ve bu tedbirin sınır dışı işlemi ile güdülen amaçla orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinde bazı kriterler ortaya koymuştur. Bu kriterler şunlardır:

- Başvuran tarafından işlenen suçun niteliği ve ciddiyeti,
- Başvuranın sınır dışı edilen ülkedeki kalış süresi,

¹⁶⁷Ferhat Üstündağ Başvurusu, Başvuru No: 2014/15428, 17.07.2018, p. 45.

¹⁶⁸Kribernegg, s. 16.

¹⁶⁹Kribernegg, s. 21-22.

¹⁷⁰Ferhat Üstündağ Başvurusu, p. 46.

¹⁷¹Bekir Çoşkun Başvurusu, Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015, p. 51.

¹⁷²Üner v. Hollanda, Başvuru No: 46410/99, 18.10.2006.

- Suçun işlenmesinden bu yana geçen süre ve başvuranın bu dönem içindeki davranışı,
- İlgili kişilerin vatandaşlığı,
- Evliliğin süresi ve etkin bir aile hayatı olup olmadığını gösteren diğer faktörlere dayalı olarak başvuranın ailevi durumu,
- Eşin ailevi ilişkiye girdiği sırada diğer eşin suçunu bilip bilmediği,
- Eşlerin çocuklarının olup olmadığı ve yaşları,
- Başvuranın sınır dışı edileceği ülkede karşılaşacağı muhtemel zorlukların ciddiyeti,
- Çocukların yüksek yararı ve iyiliği, özellikle başvuranın çocuklarının başvuranın sınır dışı edileceği ülkede karşılaşması muhtemel zorlukların ciddiyeti; ve
- Başvuranın ev sahibi ülke ile sınır dışı edileceği ülkedeki sosyal, kültürel ve ailevi bağlarıdır¹⁷³.

¹⁷³ **Üner v. Hollanda**, p. 57; **Boultif v. İsviçre**, Başvuru No: 54273/00, 02.08.2001, p. 48. Bu son kararda başvuran hırsızlık ve mala zarar verme suçlarından dolayı mahkûm edilmiş ve daha sonra hakkında sınır dışı kararı verilmiş bir kişidir. AİHM kararda, başvuru tarafından işlenen suçların aslında kamu güvenliğini tehdit edebilecek tarzda olduğunu ancak somut olayda bu durumun söz konusu olmadığını kabul etmiştir. AİHM başka bir kararında da cinsel saldırı ve belgede sahtecilik olmak üzere iki ayrı suçtan mahkûm edilmiş kişi hakkında verilen sınır dışı kararının icra edilmesi sonucunda, farklı bir ülkede aile hayatının kurulması ihtimali olmasına rağmen mahkûmiyet kararı vermiştir. Mahkemenin bu kararda dayanak noktası ise, başka ülkede aile hayatının kurulması mümkün olmakla beraber başvuru ve eşi uzun yıllardır ev sahibi ülkede yaşadıklarından ve çocuklar da o ülkede dünyaya geldiğinden, sınır dışı edilecekleri ülkede aile hayatının kurulmasının son derece güç olmasıdır; **Omojudi v. Birleşik Krallık**, Başvuru No: 1820/08, 24.11.2009, p. 42-43. Bununla beraber AİHM başka bir kararında başvurucağın işlediği uyuşturucu kaçakçılığı suçunu kamu güvenliğini tehdit eder nitelikte bulmuş, ayrıca kişi beş yaşından beri ev sahibi ülkede büyümüş olsa dahi, bu ülkede korunması gereken nitelikte bir aile ilişkisi kurmadığı gerekçesi ile sınır dışı işleminden kaynaklanan bir aile yaşamının ihlâlinin bulunmadığına hükmetmiştir; **Benhebba v. Fransa**, Başvuru No: 53441/99, 10.07.2003, p. 36. Uyuşturucu kaçakçılığının söz konusu olduğu bir diğer kararda ise Mahkeme bu defa bu suçtan dolayı sınır dışı kararının verilmiş olmasının m. 8'i ihlâl ettiğine hükmetmiştir. Bu kararda başvurucağın hem kendisi çok uzun yıllardır ev sahibi ülkede yaşamıştır hem de onun ailevi durumu dikkate alınmıştır. Zira

AİHM'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere, çocuğun yüksek yararı, sadece yabancı ebeveyne ikamet izni verilmesinde değil, yabancı ebeveynin sınır dışı edilmesinde de dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir kişinin suç işlemesi nedeniyle sınır dışı edilmesi istendiğinde ve dolayısıyla aile birleşim hakkına müdahale edileceğinde işlenen suç ile sınır dışı yaptırımı arasında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Konumuz açısından üzerinde durulması gereken kriterler, çocukların yaşları ve başvuruçunun aile durumudur. Burada devlete düşen, sınır dışı etme sebebinin gerekçesi ile sınır dışı edilen kişinin ailevi durumunu ve çocuğun yaşını dikkate alarak çocuğun yararını gözetmektir. Elbette devletin gerek göç politikası gereği gerekse toplumsal hayatta düzeni korumak görevi gereği birtakım yaptırımlar uygulaması zorunludur. Ancak bu yaptırımın sonuçlarının da doğru şekilde hesaplanması gerekmektedir.

5. Müdahalenin Meşru Bir Amaç İçin Yapılması

Bir yabancı'nın aile hayatı hakkına devlet tarafından müdahalede bulunulurken bu müdahalenin meşru bir amaç için yapılıyor olması gerekmektedir¹⁷⁴. AİHM, aile hayatı hakkına müdahalenin yerinde olup olmadığını meşruluk denetimi sonucunda belirlemektedir. Bu denetim, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlı şekilde sayılan sebeplere göre yapılmaktadır. Buna göre, aile hayatı hakkına müdahale, "ulusal güvenlik", "kamu güvenliği", "ülkenin ekonomik refahı", "düzenin korunması", "suç işlenmesinin önlenmesi", "sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" amaçları ile yapılabilecektir¹⁷⁵.

AİHM kararlarına bakıldığında meşru amaç testini geçemeyen dava sayısının son derece sınırlı olduğu görülmektedir. Çünkü Mahkeme devletlerin bu konudaki sınırlama gerekçelerini meşru kabul etmektedir¹⁷⁶. Örneğin, devletlerin göç politikalarının etkili yönetimi gerekçesi ile aile birleşimi hakkını

başvuruçunun ebeveynleri, kardeşleri, eşi ve en önemlisi de üç çocuğu ev sahibi ülkede bulunmaktadır; **Mehemi v. Fransa**, Başvuru. No: 85/1996/704/896, 26.09.1997, p. 36-37.

¹⁷⁴ **Elçin**, s. 130; **Wiesbrock**, s. 141; **Kriebernegg**, s. 16.

¹⁷⁵ **Arslan Öncü**, s. 158.

¹⁷⁶ **Arslan Öncü**, s. 159.

sınırlandırmaları meşrudur¹⁷⁷. Kaldı ki, Sözleşme m. 8/2’de “ülkenin ekonomik refahı” gibi çok geniş kapsamlı bir sınırlama sebebi dâhi meşru sayılmıştır. AYM, resmî belgede ve mühürde sahtecilik suçu işleyen ve uzun süreden beridir Türkiye’de yaşayan İran vatandaşının sınır dışı edilmesini meşru olarak değerlendirmiştir.

“Başvurucunun yargı kararları uyarınca resmî belgede sahtecilik ve mühürde sahtecilik suçlarından cezalandırıldığı dikkate alınarak eylemlerinin kamu düzeni ve güvenliğini tehdit edici nitelikte olduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır (bkz. § 12). Bu bakımdan müdahalenin kamu düzeni ve güvenliğinin korunması amacını gözettiği ve bu çerçevede başvuruya konu müdahalenin meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmıştır (Peri Kırık, §§ 40-43).”¹⁷⁸

İlgili sınırlandırma sebepleri açısından madde, aslında hâlâ devlete takdir yetkisi veren genel ve soyut bir düzenlemedir. AİHM, sınırlama ölçütlerinin dar olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve taraf devletlerin somut olay bakımından dayanılan sınırlama ölçütüne neden ihtiyaç duyulduğunu ikna edici şekilde göstermelerini aramıştır. AİHM içtihatlarında yer bulduğu hâli ile bu sınırlandırmaların somut olayın gereklerine göre devlet tarafından takdir edilmesi gerekir. AİHM bu hakkı sınırlandırma konusunda birtakım kriterlerden hareket ederek devletlerin takdir hakkı konusunda tespitler yapmaktadır. Örneğin *Moustaquim/Belçika* davasında, devletin kamu güvenliği sebebine dayanmış olması haklı görülmemiştir. Başvurucunun birden fazla mahkûmiyetinin bulunmasına rağmen kendisi Belçika’ya geldiğinde henüz iki yaşındadır ve ebeveyni ve hepsi Belçika doğumlu kardeşleriyle birlikte yirmi senedir Belçika’da yaşamaktadır. Ayrıca başvurucunun son mahkûmiyeti ile sınır dışı etme kararı arasında uzun bir süre geçmiştir. Bu hususların göz önüne alınmadığı gerekçesi ile Mahkeme başvurucuya yapılan müdahaleyi m. 8’e aykırı kabul etmiştir¹⁷⁹. Görüldüğü üzere Mahkeme burada iki hak arasında menfaat dengesini kurmaya çalışmaktadır. Yine *Maslov/Avusturya* kararında

¹⁷⁷ Özgenç (2019), s. 193.

¹⁷⁸ Majid Momtaz Başvurusu, p. 41.

¹⁷⁹ *Moustaquim v. Belçika*, p. 46.

Mahkeme başvuruçunun Avusturya'ya çok küçük yaşta gelmiş olması, aleyhinde mahkûmiyet kararı verilen suçların şiddet içermeyen suçlar olması, suçları işlediği zaman çocuk yaşta olması, suçun işlenmesi ve sınır dışı etme arasında uzun süre geçmiş olması gerekçeleriyle m. 8'in ihlâl edildiğine karar vermiştir¹⁸⁰.

6. Aile Hayatının “Başka Bir Yerde” Kurulabilmesinin Mümkün Olması

Çalışmamız açısından önemli olan bir konu da AİHM'in içtihatlarında geliştirdiği “başka bir yer- *somewhere else*” yaklaşımıdır¹⁸¹. Buna göre eğer aile hayatının başka bir ülkede kurulabilmesi makul bir seçenek olarak kabul edilebiliyorsa, öncelikle aile hayatının bu ülkede kurulmasının yollarının araştırılması gerekmektedir¹⁸². AİHM'nin içtihatlarında, “başka bir yer” yaklaşımı, evlilik birliği içinde doğan çocuklar bakımından verilmiş olmakla birlikte söz konusu içtihatların, evlilik birliği dışında doğan çocuklar için de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık kararında Mahkeme “*başvuranların kendilerinin veya kocalarının ülkelerinde aile yaşamı tesis etmenin önünde bulunan aşilamaz engellerin neler olduğunu gösteremediklerini*”¹⁸³ tespit ederek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâl edilmediğine hükmetmiştir. Karara göre her devlet, vatandaşı olmayanların ülkeye girişini kontrol etme hakkına sahiptir¹⁸⁴. Mahkemenin burada aradığı, üstesinden gelinemez/aşilamaz (*insurmountable obstacles*) engellerin varlığı sebebiyle aile hayatının başka bir yerde kurulamaz olmasıdır¹⁸⁵. AİHM,

¹⁸⁰ **Maslov v. Avusturya**, Başvuru No: 1638/03, 23.06.2008, p. 49.

¹⁸¹ **Elçin**, s. 130; OHCHR Migration Papers, Family Reunification, s. 12; **Cin**, s. 279; **Göçmen**, 2014, s. 107; **Cremer**, s. 314; **Smyth**, s. 73; **Schmitt**, s. 303.

¹⁸² **Elçin**, s. 134; **Roagna**, s. 88; **Cremer**, s. 314; **Kriebernegg**, s. 15; **Schmitt**, s. 303.

¹⁸³ **Abdulaziz, Cabales, ve Balkandali v. Birleşik Krallık**, p. 68. AİHM'in benzer kararları için bkz. **Jeunesse v. Hollanda**, p. 100; **I.A.A. ve diğerleri v. Birleşik Krallık**, Başvuru No: 25960/13, 08.03.2016, p. 38.

¹⁸⁴ **Abdulaziz, Cabales, ve Balkandali v. Birleşik Krallık**, p. 59.

¹⁸⁵ AİHM bu kararda, m. 8'in kişilerin evliliklerini kurup sürdürecekleri yeri seçmelerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiğine karar vermiştir. **Elçin**, s. 131; **John**, s. 11; **Burek**, s. 93; **Cin**, s. 275; **Smyth**, s. 73.

devletlerin aile hayatına saygı gösterme yükümlülüğünün, kişilerin ikamet tercihlerini garanti altına alacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁸⁶. Başka bir deyişle hak, ailenin devamı için en uygun yeri belirlemeyi garanti altına almamaktadır¹⁸⁷.

Mahkeme, “başka bir yer” yaklaşımını uyguladığı başka bir kararında, başvuruçunun ve ailesinin durumunun zor ve üzücü olduğunu kabul etmekle birlikte, aile hayatının ev sahibi ülke dışında başka bir ülkede kurulamayacağını ispat edilemediği gerekçesi ile m. 8’in ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır¹⁸⁸. Bu kararda etkili olan başka bir durum da ailenin ikamet izninin geçici olmasıdır¹⁸⁹. Mahkeme ayrıca, ebeveynin daha evvelden aile birliğinin bozulmasını, kendisinin göze alarak göç etmesinin bilinçli bir tercih olduğu konusuna da değinmiştir¹⁹⁰. Kanaatimizce, zamanında ebeveyn tarafından gerçekleştirilen bir eylem nedeniyle adeta çocuğun cezalandırılması hakkaniyete aykırıdır¹⁹¹. *Üner/Hollanda* kararında da Mahkeme, esasen çocukların diğer ülkeye entegre olup olamayacakları konusunu değerlendirmiştir¹⁹². Mahkeme bu kararda özellikle çocukların yaşlarını dikkate

¹⁸⁶ **Ahmut v. Hollanda**, Başvuru No: 21702/93, 28.11.1996, p. 71. Kararın eleştirisi ve karşı oyların değerlendirmesi için bkz. **Elçin**, s. 133; **Cin**, s. 276-277.

¹⁸⁷ **Elçin**, s. 130; **Roagna**, s. 87; **Wiesbrock**, s. 143; **John**, s. 25. Ahmut v. Hollanda kararı, oy çoğunluğu ile alınmış ve karşı oyların gerekçesinde başvuruçuların isimlerinden hareketle ayrımcılık yapıldığı gibi önemli ithamlar ileri sürülmüştür. Başvuran Hollanda vatandaşıdır ve her Hollanda vatandaşının, Hollanda vatandaşı olmasa bile çocuklarını yanına almaya hakkı vardır. Dava konusu olayda Hollandalı babanın çocuğunu yanına alamamasının sebebi, oğlunun isminin Ahmut olmasıdır. Karşı oya göre, ayrımcılık kuşkusu insanların zihninde pusuda beklemektedir. Bir başka karşı oyda ise, çocuğun babasının korumasına ve rehberliğine ihtiyaç duyduğu bir yaşta (9) olduğu, annesinin vefat etmesi sebebiyle sadece Sözleşmenin 8. maddesi gereği değil, diğer insanî mülahazalar ile de çocuğun babasının yanında olması gerektiği ifade edilmiştir; **Elçin**, s. 133.

¹⁸⁸ **Gül v. İsviçre**, Başvuru No:23218/94, 19.02.1996, p. 35-42; **Elçin**, s. 132; **John**, s. 20; **Jastram/Newland**, s. 581; **Cin**, s. 276.

¹⁸⁹ **Elçin**, s. 132; **Roagna**, s. 88; **Jastram/Newland**, s. 581; **John**, s. 20.

¹⁹⁰ **Smyth**, s. 82-83.

¹⁹¹ **Smyth**, s. 89; Bununla beraber aile birleşiminin sağlanabilmesi için kişinin göçmenlik statüsünden vazgeçmesinin dayatılması nedeniyle Mahkemenin verdiği ihlâl kararları için bkz. **Smyth**, s. 85 vd.

¹⁹² **Üner v. Hollanda**, p. 64; **Smyth**, s. 76.

almıştır¹⁹³. Ebeveynin sınır dışı kararından etkilenecek olan çocukların, gidilecek yeni ülkeye uyum sağlamalarını kolaylaştıracak yaşta olması nedeniyle Mahkeme bu kararda ihlâl kararı vermemiştir¹⁹⁴.

AYM de, AİHM'in yaklaşımını takip etmektedir. Türk vatandaşı ile evli olup iki çocuğu bulunan ve uzun zamandır Türkiye'de ailesi birlikte yaşayan İran vatandaşı başvuran hakkında, resmî belgede ve mühürde sahtecilik suçlarından mahkûm olması nedeniyle sınır dışı kararı verilmiştir.

*“...Anayasa Mahkemesi tarafından da başvurucunun Türkiye dışında ailesiyle birlikte yaşamasının önünde ciddi engeller bulunduğu dair somut bilgi ve bulgulara dayalı bir tespit yapılamamıştır. Sınır dışı edileceği ülkeye ailesinin de başvurucuyla birlikte gitmeyi tercih etmesi durumunda bazı zorluklarla karşılaşılması mümkün olsa da bu olgunun tek başına sınır dışı edilmeye engel oluşturmayacağı açıktır (bkz. § 28). Bu durumda başvurucunun eylemlerinin kamu düzeni ve güvenliği açısından tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi nedeniyle -isnadın ağırlığı ve önemi, ayrıca sınır dışı edilecek ülke olan İran'da başvurucunun ve ailesinin birlikte yaşamasının önünde çok ciddi engeller bulunduğu kanıtlanmadığı da dikkate alındığında- gözetilen meşru amaç karşısında aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin yeterli bir temele sahip olduğu, keyfilik içermediği anlaşılmış; müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.”*¹⁹⁵

¹⁹³ Benzer yönde kararlar için bkz. **Smyth**, s. 76.

¹⁹⁴ Mahkeme Bajsultanov v. Austria kararında da aynı yaklaşımı benimsemiştir; “Başvuranın karısı Grozni’de doğmuştur ve eşi ile Avusturya’ya gidinceye kadar Çeçenistan’da yaşamıştır. Çocuklar da Çeçenistan’a uyum sağlayabilecek yaşta. Başvuranın karısı, çocukları ile birlikte Çeçenistan’a dönmek konusunda isteksiz olabilir ve Avusturya’da ikametini kendisi için daha avantajlı olabilir. Her ne kadar bazı zorluklar olsa da başvuranın Çeçenistan’da yeni bir aile hayatı kurmasının önünde aşılmaz engeller olduğuna dair hiçbir gösterge de bulunmamaktadır.” **Bajsultanov v. Austria**, Başvuru No: 54131/10, 22.10.2012, p. 90.

¹⁹⁵ **Majid Momtaz Başvurusu**, p. 51-53.

“Başvurucunun kızıyla birlikte yaşadığı, dolayısıyla mevcut aile hayatına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte kızı ile birlikte Azerbaycan'a gitmelerinde ve aile hayatlarını orada sürdürmelerinde ciddi engeller bulunduğu dair somut bilgi ve bulgulara dayalı bir tespit yapılamamıştır. Tam aksine başvurucunun yirmi iki yaşındaki kızının da Azerbaycan vatandaşı olduğu ve Türkiye'ye gelmeden önce uzun yıllar orada birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır. Başvurucu tarafından da kızıyla birlikte Azerbaycan'a gitmeleri hâlinde orada karşılaşılabilecekleri herhangi bir olumsuzluktan hiçbir şekilde söz edilmemiştir.”¹⁹⁶

AİHM'in “başka bir yer” yaklaşımını uyguladığı sonraki tarihli kararlarında, tutumunun yumuşadığı görülmektedir¹⁹⁷. Nitekim bir kararda başvurucunun ülkesine dönmesine engel olan bir hâlin varlığı tespit edildiği için, m. 8'in ihlâl edildiğine karar verilmiştir¹⁹⁸. Olaya konu olan kararda, başvurucunun Türkiye'de bulunan kızları için yapmış olduğu ikamet izni başvurusu, kızların bu zamana kadar Türkiye'de yaşadıkları gerekçesi ile reddedilmiştir. AİHM'e göreyse, başvurucunun ülkesine dönmesine engel olan hâl, başvurucunun ev sahibi ülkede de iki çocuğunun var olmasıdır¹⁹⁹. Bu çocuklar Hollanda'da doğmuşlar ve tüm hayatlarını burada geçirmişlerdir. Bu nedenle bu iki çocuk açısından bakıldığında aile hayatının başka bir ülkede kurulması mümkün görünmemektedir²⁰⁰. Mahkeme bu kararda çocuğun yüksek yararı ilkesinden de bahsetmiş, ailenin menfaatlerinin korunması gerektiğine vurgu yapmıştır²⁰¹. AİHM *Udeh/Switzerland* kararında, çocuğun yüksek yararını esas alarak bir değerlendirme yapmıştır. Karara konu olayda, İsviçre'de doğan ve İsviçre vatandaşı olan ikiz kız çocuklarının babası Bay Udeh'in uyuşturucu ticaretinden dolayı, İsviçre makamları tarafından sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Mahkeme babanın çocukları ile sürekli iletişim

¹⁹⁶ *Peri Kırık Başvurusu*, 2015/19795, 09.01.2019, p. 51.

¹⁹⁷ *Elçin*, s.133; *Roagna*, s. 89.

¹⁹⁸ *Şen v. Hollanda*, Başvuru No: 31465/96, 21.12.2001, p. 33.

¹⁹⁹ *Şen v. Hollanda*, p. 39.

²⁰⁰ *Elçin*, s. 133; *Wiesbrock*, s. 143; *Smyth*, s. 76.

²⁰¹ *Şen v. Hollanda*, s. 41; *Roagna*, s. 89; *Thym*, s. 88.

hâlinde olduğunu, çocukların babaları ile birlikte büyümesinin çocukların yüksek yararına olduğunu gerekçe göstererek, başvuranın ülkeden çıkarılmasının aile hayatına haksız bir müdahale olduğuna karar vermiştir²⁰². *Tuquabo-Tekle ve diğerleri/Hollanda*²⁰³ kararında da AİHM, talebin bir aile birliğinden bahsedilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmesini, AİHS'in 8. maddesinin ihlâli olarak değerlendirmiştir²⁰⁴. Kararın gerekçesi, anne ve eşinin aile hayatını Hollanda'da kurmuş olmaları, çiftin Hollanda ile bağlarının güçlü olması, aile hayatının devamının en iyi yolunun kızlarının Hollanda'ya giriş yapması ve Hollanda'da ikamet etmesidir²⁰⁵. Aslında bu kararda kızın menşee ülke olan Eritre'de küçük yaşta evlendirilme riskinin olması da Mahkeme tarafından dikkate alınan hususlardan birisidir²⁰⁶.

Kanaatimizce de “başka bir yer” yaklaşımının uygulanması sırasında çocuğun yüksek yararı ilkesi mutlaka göz önünde tutulmalıdır. Ailenin birleşme ihtimalinin olduğu diğer ülke ya da ülkeler açısından çocuğun gelişimi konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Başka bir yere yerleşmenin önünde üstesinden gelinemez/aşılabilir engeller olduğunun ispatının gerekliliği, çocuğun yüksek yararının diğer menfaatlerden daha üstün olduğu kabulü ile bağdaşmamaktadır. Çünkü bu durum, ülkede ikamet hakkına sahip bir çocuğu başka bir ülkede yaşamaya mecbur bırakmak anlamına gelecektir²⁰⁷.

SONUÇ

Günümüzde tek ebeveynli çocuklar ile karşılaşmak olağan dışı sayılmamaktadır. Bazı durumlarda Türk vatandaşı çocuğun ebeveyni yabancı olabilmektedir. AİHM ve AYM'nin içtihatları dikkate alındığında, çocuk ve tek ebeveyn den oluşan birliktelikler de aile sayılmakta ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen AİHS'in 8. maddesi kapsamında mütalaa edilmektedir.

²⁰² **Udeh v. İsviçre**, p. 52.

²⁰³ **Tuquabo-Tekle ve diğerleri v. Hollanda**, p. 41.

²⁰⁴ **Elçin**, s.131; **Smyth**, s. 74.

²⁰⁵ **Elçin**, s. 131; **Wiesbrock**, s. 144; **Roagna**, s. 89.

²⁰⁶ **Smyth**, s. 79.

²⁰⁷ **Sizer**, s. 95.

AİHS, taraf devletlere yabancıyı ülkelerine kabul noktasında bir yükümlülük getirmemektedir. Bununla birlikte aile birleşimi, aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmekte ve bazı şartlarda aile birleşimi kapsamında yabancıların ülkeye kabulü zorunlu olabilmektedir. İşte bu zorunluluğun sebeplerinden birisi de çocuğun yüksek yararadır. Özellikle çocuğun ev sahibi devletin vatandaşı olması gibi sebeplere binaen ülkede ikamet etme hakkının olduğu durumlarda, çocuğun yüksek yararı sebebiyle yabancı ebeveyne ikamet izni verilmesi gerekebilir. AİHM, çocuğun yüksek yararı dikkate alınmadan yabancı ebeveynin sınır dışı edilmesini aile hayatına saygı hakkının ihlâli olarak değerlendirebilmektedir.

Aile birleşimini temin eden ikamet türü, aile ikamet iznidir. Ancak Türk hukukunda, YUKK'ta (m. 34) aile izni verilebilecek kişiler arasında çocuğun yabancı ebeveyni sayılmamıştır. Dolayısı ile Türk vatandaşı çocuğun yabancı ebeveyninin aile ikamet iznine müracaat etmesi kanunen mümkün değildir. YUKK m. 46'da çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda insanî ikamet izninin verilebileceği düzenlemesinden hareketle uygulamada söz konusu kişilere, istisnâ bir ikamet türü olan insanî ikamet izni verilmektedir. Bu şekilde bir uygulamanın ise yerindeliği tartışmaya açıktır. Çünkü söz konusu kişilerin Türkiye'de ikametinin sebebi, istisnâ koşullar değil, aile hayatıdır. Bu sebeple en azından kanun değişikliğine kadar bu kişilere kısa dönem ikamet izninin verilmesi düşünülebilir.

Türk vatandaşı çocuklarının yabancı ebeveynlerine verilecek tüm ikamet izinlerinde çocuğun yüksek yararının dikkate alınması gerekir. Nitekim AİHM de yabancı ebeveyne ikamet izninin verilmesinde çocuğun yüksek yararının esas alınması gerektiğine karar vermektedir. Özellikle çocuğun ebeveyninin sınır dışı edilmesinde çocuğun bundan nasıl etkileneceğinin dikkate alınması ve bu bağlamda, çocuğun yaşının, aile bağlarının, ev sahibi ile ülke ile sınır dışı edileceği ülke ile bağlarının gözetilmesi gerekmektedir. Mahkeme çocuğun ev sahibi ülke ve sınır dışı edileceği ülke ile bağlarını tespit ederken çocuğun bir ülkede geçirdiği süreyi, konuştuğu dili, sahip olduğu kültürü dikkate almaktadır. Yine çocuğun sahip olduğu vatandaşlık da önemlidir. Örneğin ev sahibi devletin vatandaşlığını taşıyan bir çocuğun durumu, menfaatlerin dengelenmesinde önemli kabul edilmektedir.

Aile hayatına saygı hakkı kapsamında aile birleşimi sebebiyle ikamet izni verilmesinde devletin takdir yetkisi bazı sınırlamalara tâbidir. Devletin aile hayatına hukuka uygun şekilde müdahalede bulunması için, müdahalenin kanuna dayanması, orantılı olması, demokratik toplumun gereklerine aykırı olmaması ve meşru olması gerekmektedir. Ayrıca AİHM, aile hayatının başka bir ülkede kurulmasının mümkün olması hâlinde, aile hayatına saygı hakkının ihlâl edilmediğine de karar verebilmektedir. Ancak aile hayatının başka bir ülkede mümkün olduğu hâllerde dahi, çocuğun yüksek yararının dikkate alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Arslan Öncü, Gülay** (2019) *Özel Yaşama ve Aile Hayatına Saygı Hakkı*, İstanbul, Beta.
- Aygül, Musa** (2019) *Yabancıların Çalışma Hakkı (Hürriyeti) ve Yabancılara Çalışma İzni Verilmesinde İdarenin Takdir Hakkı*, Ankara, Yetkin.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm** (2013) “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi”, *TBB Dergisi*, S: 108, s. 211-258.
- Burek, Wojciech** (2016) “Family Reunification Regulations and Women: The Perspective of International Law”, *Polish Yearbook of International Law*, C: 36, s. 83-108.
- Cholewinski, Ryszard** (2002) “Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right”, *European Journal of Migration and Law*, C: 4, s. 271-290.
- Cin, Mustafa** (2014) “Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Yabancıların (Göçmen İşçilerin) Aile Birleşimi Hakkı”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 263-283.
- Cremer, Hendrik** (2017) “Das Recht auf Familie für unbegleitete Minderjährige: Eltern dürfen nachziehen – Geschwister nicht?”, *Die Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, Heft 8, s. 312-318.
- Czech, Philip** (2017) “Das Recht auf Familienzusammenführung nach Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR”, *EuGRZ*, s. 229-240.

- Dardağan Kibar, Esra** (2012) “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi”, *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C: 11, S:2, s. 53-74.
- Druschke, Carina** (2019) *Der Familienbegriff im deutschen Ausländerrecht, Eine systematische Betrachtung des Rechts des Familiennachzugs*, Baden-Baden.
- Ekşi, Nuray** (2018) “Mahkeme Kararları Işığında İnsani İkamet İzni”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C: 38, S: 2, s. 243-283.
- Elçin, Doğa** (2017) “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Aile İkamet İzni: Aile Hayatı Hakkı Mı? Aile Birleşimi Hakkı Mı?”, *TAAD*, C: 7, S: 30, s. 117-198.
- Erten, Rifat** (2015) “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XIX, S: 1, s. 3-51.
- Esen, Emre** (2019) *Türk Hukukunda Yabancıların İkamet İzinleri*, İstanbul, Beta.
- Göçmen, İlke** (2014) “Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Avrupa Birliği’ndeki Türk Vatandaşları ve Aile Birleşimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:16, S:1, s. 73-121.
- Göçmen, İlke** (2015) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, Ankara, Seçkin.
- Güngör, Gülin** (2021) *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Ankara, Yetkin.

- Hein, Friederike** (2018) *Das Recht auf Familiennachzug im Ausländerrecht – Betrachtung von Einzelproblemen unter Gerechtigkeitsaspekten, menschen- und europarechtlichen Gesichtspunkten*, Potsdam.
- Jastram, Kate/Newland, Kathleen** (2003) “Family Unity and Refugee Protection”, *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, ed. by Feller, Erika/Türk, Volker/Nicholson, Frances, Cambridge University Press, s. 556-603.
- John, Arturo** (2003), “Family Reunification for Migrants and Refugees: A Forgotten Human Right?”, s. 1-66.
- Klaassen, Mark/Rodrigues, Peter** (2017) “The Best Interests of the Child in EU Family Reunification Law: A Plea for More Guidance on the Role of Article 24(2) Charter” *European Journal of Migration and Law*, C: 19, s. 191-218.
- Kribernegg, Micha** (2017) *Familienzusammenführung nach Art 8 EMRK als rechtlicher Anspruch? Eine Betrachtung der Rechtsprechung des EGMR und EuGH und deren Entwicklung*, Graz.
- Özgenç, Zeynep** (2018) “Sığınmacıların Aile Birleşimi Hakkı”, *B.U.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C: 37, S: 2, s. 297-342.
- Özgenç, Zeynep** (2019) *Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Üçüncü Devlet Vatandaşlarının Aile Birleşimi Hakkına İlişkin Değerlendirmeler*”, *International Journal of Social Inquiry*, C: 12, S: 1, s. 191-218.
- Öztürk, Neva Övünç** (2015) *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Ankara, Seçkin.

- Roagna, Ivana** (2012) Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Human Rights Handbooks, Council of Europe Strasbourg.
- Rohan, Mark** (2014) “Refugee Family Reunification Rights: A Basis in the European Court of Human Rights’ Family Reunification Jurisprudence”, Chicago Journal of International Law, C: 15, S: 1, s. 347-375.
- Schmitt, Desirée C.** (2020) Familienzusammenführung und Rechtsschutz in Deutschland und den USA, Eine rechtsvergleichende Betrachtung unter Berücksichtigung des Völker- und Europarechts, Heidelberg.
- Sizer, Merve** (2020) Yabancıların Ülkeden Uzaklaştırılmasına İlişkin Kararlarda Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesinin Rolü, (Yüksek Lisans), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Smyth, Ciara** (2015) “The Best Interests of the Child in the Expulsion and First-entry Jurisprudence of the European Court of Human Rights: How Principled is the Court's Use of the Principle?” European Journal of Migration and Law, C: 17, s 70-103.
- Staver, Anne** (2008) “Family Reunification: A Right for Forced Migrants?”, Refugee Studies Centre, Working Paper Series No: 51, University of Oxford, s. 1-40.
- Staver, Anne** (2013) “Free Movement and the Fragmentation of Family Reunification Rights”, European Journal of Migration and Law, C: 15, s. 69-89.
- Thym, Daniel** (2008) “Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?”, ICLQ,C: 57, s. 87-112.

UN Human Rights Office of the High Commissioner for Human Rights, Paper on Family Reunification, OHCHR Migration Papers, Family Reunification, November 2005, (OHCHR Migration Papers, Family Reunification).<https://www2.ohchr.org/english/issues/migration/taskforce/docs/familyreunification.pdf>, s.e.t. 26.06.2021.

Wiesbrock, Anja (2011) “The Right to Family Reunification of Third Country Nationals under EU Law - Is Directive 2003/86/EC in Compliance with the ECHR?”, 5, Human Rights and Int’l Legal Discourse, s. 138-165.

Yücel, Gerçek Şahin (2013) “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Avrupa Birliği Vatandaşlığı ile İlgili Son Yaklaşımları”, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, C: 21, S: 2, s. 37-54.

YUKK Genel Gerekçesi, <https://www.goc.gov.tr/genel-gerekce18>, s.e.t. 26.06.2021.

Alman İkamet Kanunu, https://www.gesetze-im-internet.de/aufenthg_2004/, s.e.t. 26.06.2021.

GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA*

Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI**
Arş. Gör. Sevde BULUN TOKKAŞ***

ÖZET

Kural olarak, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkına toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının üyeleri sahiptir. Ancak 6356 sayılı Kanun bazı hallerde, işyerinde çalışan ve taraf işçi sendikasının üyesi olmayan işçilere de toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı tanımıştır. Bu yararlanma, taraf işçi sendikasının yazılı onay vermesi veya dayanışma aidatı ödeme yolu ile mümkündür. Konuyla ilgili düzenlemeler 6356 sayılı Kanun m. 26/4 ve m. 39’da yer almaktadır. Bazı hallerde ise, bir işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin yer bakımından kapsamı genişletilerek aynı işkolunda bulunan diğer işyerlerindeki işçilere de uygulanması söz konusu olabilir. “Teşmil” uygulaması ile mümkün olacak bu yararlanmaya ilişkin düzenlemeler ise, 6356 sayılı Kanun m. 40’da yer alır.

Anayasa Mahkemesi çok kısa bir süre önce dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanmayla ilgili olarak 6356 sayılı Kanun’un 39/4. maddesinin 4. cümlesindeki “imza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur” hükmünü Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Çalışmamızda, toplu iş sözleşmesine ilişkin genel nitelikte bilgilere yer verilmiş, ardından güncel gelişmeler ışığında toplu iş sözleşmesinden yararlanma konusu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Toplu İş Sözleşmesi, Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanma, İşçiler, İşçi Sendikası, Dayanışma Aidatı, Teşmil.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.911019 - Geliş Tarihi: 07.04.2021 - Kabul Tarihi: 30.06.2021.

** KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Konya, yalcin@bostancihukuk.com, ORCID: 0000-0003-0574-1935.

*** KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Konya, sevde.bulun@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6634-4530.

BENEFITING FROM A COLLECTIVE LABOR AGREEMENT IN THE LIGHT OF RECENT DEVELOPMENTS

ABSTRACT

As a rule, members of trade unions who are party to collective labor agreements have the right to benefit from collective labor agreements. However, Law No. 6356 also allows workers who work in the workplace and who are not members of the trade unions to benefit from collective labor agreements in some cases. This benefit is possible with the written approval of the trade union or by paying solidarity dues. Law No. 6356, Article 26/4 and Article 39 includes about the regulations on this subject. In some cases, the scope of the collective labor agreement applies in a workplace may be extended in terms of location, and it may be applied to workers in other workplaces in the same line of business. The Law No. 6356 Article 40 includes the regulations regarding this utilization, which will be possible with the "Extension" application.

The Constitutional Court has recently annulled the provision "requests before the signature date will be effective as of the date of signature" unconstitutional, which was the 4th Article of the Article 39/4 of the Law No. 6356. In this study, after giving general information about collective labor agreements, the issue of benefiting from collective labor agreements was examined in the light of recent developments.

Keywords: Collective Labor Agreement, Benefiting From Collective Labor Agreements, Workers, Trade Unions, Solidarity Dues, Extension.

GİRİŞ

On sekizinci yüzyılın ikinci yarısından sonra Sanayi Devriminin etkisiyle birlikte sendikalar kavram ve fonksiyon olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Sendikalar aracılığıyla işçi ve işveren arasında bireysel düzeyde kurulan ilişki, kolektif düzeye taşınmıştır. Bunun sonucu olarak da işçilerin haklarında önemli gelişmeler sağlanmıştır.

6356 sayılı Kanun, işçi tarafı bakımından işçi sendikalarına, işveren tarafı bakımından ise sendika üyesi olmayan işverene ya da işveren sendikasına toplu iş sözleşmesi yapma hakkı tanımıştır. Tarafların aralarındaki ilişkiyi serbestçe düzenleyebilmesi “toplular iş sözleşmesi özerkliği” ile açıklanır. Anayasa ve Kanunda yer alan düzenlemelerle “toplular iş sözleşmesi özerkliği” güvence altına alınmıştır.

Toplular iş sözleşmesinin normatif hükümleri, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkindir. Bu hükümler, kural olarak toplular iş sözleşmesinin uygulama alanı içinde bulunan tüm işçilere uygulanır. Ancak toplular iş sözleşmesinde yer alan ücret, prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım konularındaki hükümlerden kural olarak toplular iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası üyeleri yararlanır. Ancak Kanun koyucu bazı durumlarda diğer işçilere de toplular iş sözleşmesinin bu hükümlerinden yararlanma imkânı tanımıştır. Bunlar: dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanma, işçi sendikasının yazılı onayıyla yararlanma ve Cumhurbaşkanı'nın vereceği teşmil kararı ile yararlanmadır.

Çalışma kapsamında öncelikle toplular iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği, toplular iş sözleşmesinin tanımı ve hukuki niteliği ile toplular iş sözleşmesinin içeriğine yer verilmiştir. Devamında ise, işverenin toplular iş sözleşmesi ile bağlılığı ve işçilerin taraf işçi sendikasına üye olup olmaması ayrımı yapılarak toplular iş sözleşmesinden yararlanma koşulları incelenmiştir. Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihte dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplular iş sözleşmesinden yararlanmanın başlangıcı ile ilgili olan 6356 sayılı Kanun m. 39/4'ün 4. cümlesini iptal eden kararı da çalışma kapsamında değerlendirilmiştir.

I. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HAKKI VE ÖZERKLİĞİ

“Özerklik” kelimesi, “bir topluluğun, bir kuruluşun ayrı bir yasaya bağlı olarak kendi kendini yönetme hakkı, muhtariyet, otonomi, otonomluk” olarak tanımlanır¹. “Toplu iş sözleşmesi özerkliği” ise, işçi ve işverenin aralarındaki ilişkiyi anlaşarak toplu düzeyde serbestçe belirleyebilmesini ifade eder². Toplu iş sözleşmesi özerkliği, tarafların kanun hükmü niteliğinde kurallar koymasını ve koydukları kuralların kendileri dışında işçi ve işveren sendika üyelerini de kapsamasını sağlar³. Ayrıca toplu iş sözleşmesi özerkliği, işveren karşısında korunmaya muhtaç durumda olan işçinin bireysel düzeyde sahip olduğu haktan fazlasını elde etmesinde de etkilidir⁴.

Anayasa’da açık bir şekilde “toplular iş sözleşmesi özerkliği” kavramı kullanılmasa da tarafların toplu iş sözleşmesi ile özerk düzenleme yapabilmeleri güvence altındadır⁵. Toplu iş sözleşmesi hakkı ise Anayasa m. 53’de düzenlenmiştir.

¹ www.sozluk.gov.tr, s.e.t. 03.03.2021.

² **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2019) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 903 vd.; **Süner, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 240-241; **Tuğ, Adnan** (1998) Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, Minpa Matbaacılık, s. 57 vd.; **Şahlanan, Fevzi** (1992) Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, Acar Matbaacılık, s. 3 vd.; **Başterzi, Süleyman** (2016) Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 6 vd.; **Canbolat, Talat** (2013) Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 17 vd.; **Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu** (2017) Toplu İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 170-172; **Narmanlioğlu, Ünal** (2016) İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 20 vd.; **Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 340-341; **Aktay, A.Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E.Tuncay** (2013) İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 466; **Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2018) Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 24.

³ **Narmanlioğlu**, s. 21-22; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 185; **Tuğ**, s. 61.

⁴ **Akyiğit, Ercan** (2015) Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 490; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 170.

⁵ **Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Basım, s. 54; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 171; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 903.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu⁶ m. 33/5’de “toplular iş sözleşmesi özerkliği”nin sınırları⁷ belirlenmiştir. Anılan hüküm ile Anayasa’ya ve kanunların emredici düzenlemelerine aykırı biçimde toplular iş sözleşmesi yapılması engellenmiştir. Anayasa m. 53’de ise, toplular iş sözleşmesinin belirli konularla sınırlı olmak üzere yapılabileceği düzenlenmiştir. “Toplular iş sözleşmesi özerkliği” taraflara toplular iş sözleşmesi ile özerk düzenleme yapabilme yetkisi tanısa da, Kanunda düzenlenen bazı hallerde (Yüksek Hakem Kurulu kararıyla toplular iş sözleşmesinin yapılması, teşmil uygulaması) tarafların özerk düzenleme yapma yetkisi olmadan da toplular iş sözleşmesi yapılabilir⁸.

B. TOPLULAR İŞ SÖZLEŞMESİ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

6356 sayılı Kanun m. 2’de toplular iş sözleşmesi, “iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere yapılan ve taraflarının işçi sendikası ile işveren veya işveren sendikası olduğu sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Toplular iş sözleşmesi ile işçi-ışveren ilişkisi üst düzeyde ve toplular olarak düzenlenir⁹. Madde 35/1’e göre, toplular iş sözleşmesinin yazılı yapılması gerekir. Bu, geçerlilik şartıdır. Yazılı yapılmayan toplular iş sözleşmeleri hükümsüzdür¹⁰.

Toplular iş sözleşmesinin niteliği öğretilerde tartışılmıştır. Toplular iş sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olduğuna yönelik ileri sürülen görüşün¹¹

⁶ RG, 07.11.2012, 28460.

⁷ **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 27-33; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 180 vd.; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 468, 469; **Şahlanan**, s. 5-7; **Canbolat**, s. 21-25; **Tuğ**, s. 65-67.

⁸ **Aktay, A.Nizamettin** (2015) *Toplular İş Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, s. 209-210.

⁹ **Sur, Melda** (2017) *İş Hukuku Toplular İlişkiler*, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 242.

¹⁰ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 910, 958; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 34-35, 238; **Akyiğit**, s. 569; **Narmanlıoğlu**, s. 320; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 520.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için **Mimaroglu, Sait Kemal** (1964) *Türk Hukukunda Toplular İş Sözleşmesi*, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 47-49; **Esener, Turhan** (1964) *İş Hukuku Yönünden Toplular İş Sözleşmeleri*, İstanbul, Sevinç Matbaası, s. 70-71; **Esener, Turhan** (1978) *İş Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 392; **Sur**, s. 252-253.

yanında kamu hukuku işlemi olduğuna dair bir görüş¹² de mevcuttur. Ancak baskın olan görüş, toplu iş sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir özel hukuk sözleşmesi olduğudur¹³. Toplu iş sözleşmesi her ne kadar özel hukuk sözleşmesi olsa da toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesi üzerindeki emredici etkisi, toplu iş hukukundaki görevli makam, arabuluculuk gibi uygulamalar¹⁴, Yüksek Hakem Kurulu kararı neticesinde toplu iş sözleşmesinin yapılması ya da teşmil uygulaması gibi bazı haller toplu iş sözleşmesinin kamu hukuku yönünü de ortaya çıkarır¹⁵.

C. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN İÇERİĞİ

Toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin düzenlemeler, 33. maddenin 1. ve 2. fıkrasında yer alır. Buna göre, toplu iş sözleşmesinin içeriği normatif (düzenleyici) ve borç doğurucu (isteğe bağlı) olmak üzere iki bölümden oluşur.

Toplu iş sözleşmesinin içeriğinde yer alan bölümler sözleşme metninde iç içe düzenlenmiştir¹⁶. Bu nedenle toplu iş sözleşmesinde yer alan bir hükmün, sözleşmenin hangi bölümüne ait olduğunun belirlenemediği durumlarda toplu iş sözleşmesinin taraflarınca yorum davası açılabilir (m. 53).

1. Normatif Bölüm

Toplu iş sözleşmesinin taraflarının koymuş olduğu hukuk kuralları sözleşmenin normatif bölümünü oluşturur¹⁷. Bu bölüm içinde toplu bir

¹² Ayrıntılı bilgi için **Mimaroglu**, s. 49-50; **Esener** (1964), s. 70-73; **Esener** (1978), s. 392-393; **Sur**, s. 252.

¹³ **Reisoğlu, Seza** (1986) 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ayyıldız Matbaası, s. 8; **Kandemir, Murat** (2013) “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı”, Çalışma ve Toplum, C:4, S:39, s. 169; **Bulun Tokkaş, Sevde** (2019) Toplu İş Hukukunda Yetki Tespiti, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 37; **Mimaroglu**, s. 64; **Şahlanan**, s. 24; **Esener** (1978), s. 394; **Esener** (1964), s. 72; **Tunçomağ/Centel**, s. 358; **Tuncay/Savaş Kutsal**, 214-216; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 918-919; **Sümer** (2020), s. 241; **Sur**, s. 253; **Akyiğit**, s. 514; **Canbolat**, s. 61; **Tuğ**, s. 31; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 11.

¹⁴ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 214.

¹⁵ **Sur**, s. 253.

¹⁶ **Tunçomağ/Centel**, s. 351; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 192.

¹⁷ **Tunçomağ/Centel**, s. 343.

biçimde işçi ve işveren ilişkisini düzenleyen kurallar yer alır¹⁸. İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin kurallar toplu iş sözleşmesinin normatif bölümünde yer alır (m. 33/1). Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin olan kurallardan birinin dahi olması yeterlidir¹⁹. Bu bölüm içinde yer alan kurallar toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına değil, kural olarak taraf sendika üyelerine uygulanır²⁰.

Bazen toplu iş sözleşmesinde mevzuatta yer alan bir kurala da yer verilebilir. Bununla genellikle sözleşmenin taraflarına kuralları hatırlatmak amaçlanır. “Nötr hüküm” adını veren bu kurallar da normatif bölüm içindedir²¹.

Bir toplu iş sözleşmesinde normatif bölümün bulunması zorunludur. Bu bölümün bulunmadığı bir sözleşmenin toplu iş sözleşmesi olarak kabul edilemez²².

Normatif bölüm içindeki işyeri düzeni ve iş koşullarına ilişkin kurallar, birlik ve beraberliğin sağlanması ve eşitlik ilkesinin gereği olarak işyerindeki tüm işçilere uygulanır²³. Bu kurallara, işyerine giriş-çıkışlarda kapı kontrolü yapılması, sigara yasağı uygulanması, kantin açılması örnek verilebilir²⁴. Bu kurallar m. 25/2'nin gereği olarak²⁵, işçi niteliği taşımayan çırak ve stajyerlere de uygulanır²⁶. Ancak m. 25/3'e göre, parasal nitelik taşıyan hükümlerde işverenin eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Paraya ilişkin düzenlemeler

¹⁸ Sur, s. 242.

¹⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 193; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 911-912; Canbolat, s. 27; Sümer (2020), s. 241; Akyiğit, s. 494; Şahlanan, s. 12; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 47.

²⁰ Tunçomağ/Centel, s. 343.

²¹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 208-209; Aktay, s. 164-165; Sur, s. 243; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 913.

²² Ekmekçi, Ömer (2019) Toplu İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 214; Sümer (2020), s. 241; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 911; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 193; Sur, s. 242; Akyiğit, s. 494; Aktay/Arıcı/Seneyen-Kaplan, s. 480; Aktay, s. 163-164; Tuğ, s. 10; Canbolat, s. 27; Şahlanan, s. 12; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 46-47.

²³ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 66 vd.; Sur, s. 244; Sümer (2020), s. 242; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 201.

²⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 199-200.

²⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 201-202; Sur, s. 243; Bulun Tokkaş, s. 33.

²⁶ Akyiğit, s. 658; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 201.

sadece taraf sendika üyelerine uygulanır²⁷. İşyeri düzeni ile ilgili ve parasal nitelik taşıyan hükümlerden taraf sendika üyesi olmayan işçilerin yararlanması üç şekilde mümkündür: işçinin dayanışma aidatı ödemesi yoluyla yararlanma, işçi sendikasının onayı ile yararlanma ya da Cumhurbaşkanı'nca teşmil kararı alınmasıdır. Hukukumuzda “toplu iş sözleşmesinde teklik” ilkesi benimsendiğinden bir işçinin aynı anda bu yollardan sadece birisi yolu ile yararlanması mümkündür²⁸.

2. Borç Doğurucu Bölüm

Toplu iş sözleşmesinin taraflarını ilgilendiren, karşılıklı hak ve borçlarının yer aldığı bölüm, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu bölümüdür²⁹. Bu bölümde sadece toplu iş sözleşmesinin taraflarına ilişkin kurallar yer aldığından 3. kişilerin bu kurallara uyma zorunluluğu yoktur³⁰.

Madde 33/2’de borç doğurucu bölümde tarafların karşılıklı hak ve borçları, sözleşmenin uygulanması, denetimi ve uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak çözüm yollarına ilişkin düzenlemeleri “içerebileceği” ifade edilmiştir. Kanun’un lafzından anlaşılacağı üzere, borç doğurucu bölüme ilişkin düzenlemeler toplu iş sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir³¹.

²⁷ Başbuğ, Aydın (2012) Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, 1. Baskı, Ankara, Şeker-İş, s. 183; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 202; Sur, s. 243; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 975; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 233-234; Ekmekçi, s. 370; Şahlanan, s. 125; Tuğ, s. 170; Narmanlioğlu, s. 426.

²⁸ Akyiğit, s. 605-606.

²⁹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 917; Sümer (2020), s. 243; Akyiğit, s. 510; Tunçomağ/Centel, s. 347; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 204; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 486; Aktay, s. 172; Şahlanan, s. 21; Sur, s. 242.

³⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 204-205; Tunçomağ/Centel, s. 347; Aktay, s. 161; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 93.

³¹ Tunçomağ/Centel, s. 340; Sümer (2020), s. 243; Akyiğit, s. 510; Sur, s. 242; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 486; Şahlanan, s. 11-12; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 204; Aktay, s. 163; Tuğ, s. 10.

Borç doğurucu bölümde yer alan borçlardan biri de “dirlik borcu”dur³². Tekrar görüşülecek konuların belirlendiği “revizyon kuralları” da bu bölümde yer alır³³.

II. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN KİŞİLER AÇISINDAN KAPSAMI

A. İŞVEREN BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından kapsamı, toplu iş sözleşmesinde yer alan hükümlerden kimlerin yararlanacağını belirlenmesini ifade eder³⁴. İşçilere toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin uygulanması “yararlanma” olarak ifade edilirken; işveren tarafın toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin etkisine girmesi “bağlılık” olarak ifade edilir³⁵. Nitekim m. 39’da işçiler için “toplu iş sözleşmesinden yararlanma” başlığı varken; m. 37/2 ve m. 37/3’de işverenin toplu iş sözleşmesi ile “bağlı kalacağı” düzenlenmiştir.

İşverenin bağlılığı, toplu iş sözleşmesinin yapıldığı işyeri veya işletmedeki kendisine bağlı çalışan işçilerini kapsar³⁶. İşverenin bağlılığı, toplu iş sözleşmesinin hem normatif hem de borç doğurucu bölümlerini kapsar³⁷.

“Tarafların durumunda değişiklik” başlığını taşıyan m. 37, toplu iş sözleşmesinin sürekliliği açısından önem arz eder³⁸. Hükmün 1. fıkrasında, toplu iş sözleşmesini sona erdirmeyecek haller sayılmıştır. Bunlar, toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin ya da işyerinin girdiği işkolunun

³² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 176 vd.-206; Sur, s. 249; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 917; Akyiğit, s. 510 vd.; Sümer (2020), s. 243; Tunçomağ/Centel, s. 348; Narmanlıoğlu, s. 420-422; Tuğ, s. 21.

³³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 207; Tuğ, s. 23.

³⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 281-282; Sümer (2020), s. 261.

³⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 227; Kandemir (2013), s. 174; Sur, s. 324-325; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 282; Narmanlıoğlu, s. 423, 425.

³⁶ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 228; Kandemir (2013), s. 201.

³⁷ Sümer (2020), s. 261; Tunçomağ/Centel, s. 383; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 310-311.

³⁸ Sur, s. 325.

değişmesidir. Sayılan bu hallerde toplu iş sözleşmesi sona ermeyeceği için işverenin de toplu iş sözleşmesi ile bağlılığı devam eder³⁹.

Toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını işveren sendikası dahi oluştursa toplu iş sözleşmesi yürürlük süresi boyunca işvereni bağlar⁴⁰. Madde 37/3, işverenin sendika ile ilişkisinin kesilmesi halinde bile toplu iş sözleşmesi ile bağlı kalacağını düzenlemiştir. İşverenin üyeliğinin sona erme nedeni önemli değildir⁴¹.

Kanun koyucu m. 38'de işyerinin devrinde de işyerini devralan işverenin toplu iş sözleşmesi ile bağlı kalacağını düzenlemiştir. Bu durumda, mevcut iş sözleşmeleri aynen devam edeceğinden uygulanan toplu iş sözleşmesi de sona ermeyecektir⁴².

İşverenin ölümü toplu iş sözleşmesini sona erdirmez, ölüm halinde toplu iş sözleşmesi ile bağlılık mirasçılara geçer⁴³. İşyerinin kapatılması halinde ise işverenin toplu iş sözleşmesi ile bağlılığı sona erer. İşyeri aynı veya farklı işveren tarafından aynı işkolunda faaliyet göstermek üzere tekrar açılırsa toplu iş sözleşmesi süresi sona ermemişse işverenin toplu iş sözleşmesi ile bağlılığı devam eder⁴⁴.

B. İŞÇİLER BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

“Toplu iş sözleşmesinden yararlanma” m. 39'da düzenlenmiş olup bu kavram ile kastedilen, ilgili hükümde yer alan şartları sağlayan işçilere toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin uygulanacak olmasıdır. Toplu iş

³⁹ Sümer (2020), s. 261; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 524; Aktay, s. 231; Akyiğit, s. 649-650; Sur, s. 325-326; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 229.

⁴⁰ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 228; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 310; Sümer (2020), s. 261; Sur, s. 325; Akyiğit, s. 649.

⁴¹ Ekmekçi, s. 369; Tunçomağ/Centel, s. 385.

⁴² Sur, s. 326; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 311; Sümer (2020), s. 261; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 229-230; Tunçomağ/Centel, s. 383.

⁴³ Tunçomağ/Centel, s. 383; Sümer (2020), s. 261; Kandemir (2013), s. 175; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 311; Sur, s. 326; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 230.

⁴⁴ Sümer (2020), s. 261; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 525; Aktay, s. 233.

sözleşmesinden yararlanmada, toplu iş sözleşmesinin kapsam ve düzeyinin önemi yoktur⁴⁵.

Madde 39/1'e göre, toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanırken, taraf işçi sendikasına üye olmamakla birlikte toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyeri veya işletmede çalışan diğer işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır (m. 39/4).

1. Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İşçi Sendikasına Üye İşçilere Uygulanması

a. Aranan Şartlar

i. İşyerinin Toplu İş Sözleşmesinin Kapsamında Olması

Toplu iş sözleşmesinden kural olarak, sözleşmenin tarafı olan işçi sendikasının üyeleri yararlanırlar. Ayrıca işçinin toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışıyor olması da gerekir. O nedenle işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi ya da toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışında kalan bir işyerine nakledilmesi halinde yararlanma sona erer⁴⁶. Aynı işverenin farklı işkolundaki işyerinde çalışmaya başlaması halinde de işçinin yararlanması sona erer⁴⁷. Ancak işçinin geçici bir süreyle başka bir yere gönderilmesi durumunda toplu iş sözleşmesinden yararlanma devam eder⁴⁸.

Madde 34/1'e göre, toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir ya da birden fazla işyerini kapsar. İşyerinin toplu iş sözleşmesinin kapsamı içinde olup olmadığı sözleşmenin ilgili hükmünde yer alacağı gibi yetki belgesinde de belirtilmelidir⁴⁹.

⁴⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 981.

⁴⁶ Sümer, Haluk Hadi (2019) İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 629; Sur, s. 334; Tunçomağ/Centel, s. 385; Sümer (2020), s. 262; Narmanlioğlu, s. 433; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 240; Şahlanan, s. 138.

⁴⁷ Kandemir (2013), s. 178; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 240.

⁴⁸ Tunçomağ/Centel, s. 385; Narmanlioğlu, s. 433; Şahlanan, s. 138.

⁴⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 311.

6356 sayılı Kanun işyeri kavramını açık bir şekilde tanımlamamıştır. Madde 2/3'de 4857 sayılı İş Kanunu⁵⁰'na atıf yapmış ve “*Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.*” düzenlemesine yer vermiştir. 4857 sayılı İş Kanunu işyerini, “*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” olarak tanımlamış ve “*işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar*”ı da işyeri kapsamına almıştır (m. 2).

ii. İşyerinde İşçi Sıfatı ile Çalışılıyor Olması

Madde 39, taraf işçi sendikası üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanacakları düzenlenmiştir. Buna göre, sendika üyesi işçinin o işyerinde çalışıyor olması gerekir. İşçinin işyeri ile bağlantısının kesilirse toplu iş sözleşmesinden yararlanması da sona erer⁵¹.

İşçi sendikasına üyelik için aranan şartlar; onbeş yaşını doldurmak ve 6356 sayılı Kanun hükümlerine göre işçi sayılmaktır (m. 17)⁵². Bu şartların dışında sendika tüzüğünde üyeliğe ilişkin koşullara yer vermişse bunların da sağlanması gerekir⁵³. İşçinin, çalıştığı işyerinin girdiği işkolunda faaliyet gösteren bir sendikaya üye olması gerekir⁵⁴. Ancak m. 39/1'e göre, bu sendikanın toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası olması gerekir.

6356 sayılı Kanun m. 2/3, işçi kavramı için de 4857 sayılı Kanun'a atıf yapmıştır. 4857 sayılı Kanun m. 2'ye göre, “*iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye*” işçi denir. Ayrıca 6356 sayılı Kanun m. 2/4'de, “*iş sözleşmesi dışında ücret karşılığında iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek*

⁵⁰ RG, 10.06.2003, 25134.

⁵¹ Sümer (2020), s. 262; Narmanlıoğlu, s. 433; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 289; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 275.

⁵² “Üyelik başvurusu, sendika tarafından otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik talebi kabul edilmiş sayılır.” (m. 17/5).

⁵³ Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz (2017) Sendika Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 178.

⁵⁴ Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 178 vd.

kişiler”i de işçi saymıştır⁵⁵. 6356 sayılı Kanun’un işçi kavramının tanımı bakımından 4857 sayılı Kanun’a atıf yapması, İş Kanunu’nun uygulama alanı dışındaki Basın İş Kanunu⁵⁶ ya da Türk Borçlar Kanunu⁵⁷’na tabi olan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına engel olmaz⁵⁸. Toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçinin sözleşmesinin türü de önemli değildir⁵⁹.

İşyerinde çalışıyor olsalar da işçi sıfatı taşımayan çırak, stajyer, sözleşmeli personel, devlet memuru, geçici işçiler toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklardır⁶⁰. Bu sayılanlar, taraf sendikaya üyelik ya da dayanışma aidatı ödemeyle de toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar⁶¹.

İşverenin sadece kendisi ile arasında iş ilişkisi olan işçileri temsil eden işçi sendikası ile toplu iş sözleşme yapma yetkisi bulunmaktadır⁶². Yani, toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler işverene iş sözleşmesi ile bağlı olanlardır⁶³. Bu nedenle, geçerli bir şekilde kurulan asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden alt işveren işçilerinin yararlanması mümkün değildir. Ancak alt işveren işçilerinin alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanmasında engel yoktur⁶⁴. Asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalıysa, alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl

⁵⁵ Bu kişiler 6356 sK m. 2/4’e göre, Kanun’un sadece ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılacaklardır. Toplu iş sözleşmesi ile ilgili hükümler bu kişilere uygulanamayacağından toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün değildir.

⁵⁶ RG, 20.06.1952, 8140.

⁵⁷ RG, 04.02.2011, 27836.

⁵⁸ **Subaşı, İbrahim** (2009) “Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi’nden Yararlanması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S:14, Y:4, s. 181; **Sümer** (2020), s. 262; **Kandemir** (2013), s. 177; **Narmanlıoğlu**, s. 430; **Şahlanan**, s. 55; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 236.

⁵⁹ **Narmanlıoğlu**, s. 430.

⁶⁰ **Sümer** (2019), s. 628; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 284; **Sümer** (2020), s. 262; **Akyiğit**, s. 603-604; **Şahlanan**, s. 172; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 237, 247 vd.; **Şahlanan**, s. 129.

⁶¹ **Kandemir** (2013), s. 185; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 545; **Tunçomağ/Centel**, s. 387; **Sümer** (2020), s. 262.

⁶² **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 508; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 977.

⁶³ **Sümer** (2020), s. 262; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 240.

⁶⁴ **Narmanlıoğlu**, s. 432-433; **Sümer** (2020), s. 262; **Akyiğit**, s. 604; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 537; **Aktay**, s. 252; **Şahlanan**, s. 132.

işverenin işçisi sayılacaklarından taraf işçi sendikasına üye olmaları halinde toplu iş sözleşmesinden üye sıfatıyla yararlanabileceklerdir⁶⁵.

6356 sayılı Kanun, taraf işçi sendikasına üye olsalar dahi bazı kişileri kapsam dışında bırakarak toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarını engellemiştir. Bunlar, 6356 sayılı Kanun'a göre işveren vekili sayılanlar, kapsam dışı personel ve greve katılmayanlardır.

4857 sayılı Kanun ile 6356 sayılı Kanun açısından işveren vekili kavramı birbirinden farklıdır. 4857 sayılı Kanun'da işveren vekili, “*işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimse*” iken, 6356 sayılı Kanun kapsamı daha dar tutmuş ve sadece “*işveren adına işletmenin bütününü yönetenleri*” işveren vekili olarak kabul etmiştir. Ayrıca 6356 sayılı Kanun, işveren vekillerinin bu Kanun'un uygulanması bakımından “işveren sayılacağını” düzenlemiştir (m. 2/2). Bu nedenle, 6356 sayılı Kanun anlamında işveren vekili sayılanlar toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaktır⁶⁶. Madde 39/7, işveren vekili ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağını belirtmiştir. Bu kişilerin ne üyelikle ne de dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün değildir⁶⁷.

“Kapsam dışı personel” olarak adlandırılan ve işverene yakın olan ya da üst düzeyde çalışan bazı kişiler de toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışında bırakılmışlardır. Bu kişilerin toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı dışında bırakılmasında zaten toplu iş sözleşmesinin üzerinde haklar elde ettikleri düşüncesi etkili olmuştur⁶⁸. Kapsam dışı personele ilişkin Kanun'da bir

⁶⁵ Süzek, s. 180; Sur, s. 326 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 284; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 976 vd.; Kandemir (2013), s. 175; Narmanlıoğlu, s. 431; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 244-245; Ekmekçi, s. 385.

⁶⁶ Narmanlıoğlu, s. 432; Sur, s. 336; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 237.

⁶⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 292; Sur, s. 336; Kandemir (2013), s. 193; Sümer (2020), s. 263; Narmanlıoğlu, s. 433. Üst düzey yöneticilerin toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında tutulmasının yerinde olduğu görüşü için Kutal, Metin (2012) “Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.1.2012 Tarihli Kanun Tasarısı)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:25, Y:7, s. 169.

⁶⁸ Subaşı (2009), s. 184; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 307; Sümer (2020), s. 263; Sümer (2019), s. 630; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 553 vd.; Tunçomağ/Centel, s. 382; Sur, s. 336-337; Kandemir (2013), s. 192. Kapsam dışı personelin sözleşmeden yararlanamaması ile anayasal

düzenleme yoktur. Bu kişiler de, üyelik ya da dayanışma aidatı ödeme yoluyla dahi toplu iş sözleşmesinin uygulama alanına giremezler⁶⁹.

Madde 39/8'a göre, grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, m. 65'e göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanların taraf sendikaya üye olsun ya da olmasın aksine hüküm bulunmadıkça toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklardır. Bu kişiler de üye olsalar ya da dayanışma aidatı ödeseler dahi toplu iş sözleşmesinden yararlanamazlar⁷⁰. Kanundaki "aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesi, hükmün mutlak emredici nitelikte olmadığını göstermektedir. Toplu iş sözleşmesine aksi yönde bir hüküm konularak bu kişiler de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilir⁷¹.

b. Yararlanma Süresi

Toplu iş sözleşmesinin kapsamındaki işyerinde çalışan ve taraf sendikaya üye olan işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanması Kanundan doğan bir haktır, yararlanmak için talepte bulunmasına gerek yoktur⁷². İşçinin üye sıfatıyla yararlanması, işyerinde çalıştığı ve taraf sendikaya üyeliğinin devam ettiği sürece mümkündür⁷³.

İşçinin taraf sendikaya olan üyeliğinin sona ermesi halinde sözleşmeden artık üye sıfatıyla yararlanması mümkün olmaz⁷⁴. Üyelik sıfatının sona ermesine ilişkin düzenlemeler m. 19'da yer alır. Üyelik sıfatı, çekilme veya

haklar ihlal edilmiştir. Bu hukuka aykırılık, kapsam dışı personelden yararlanamayla ilgili onay alınması halinde ortadan kalkabilir. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 992 vd.; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 308.

⁶⁹ **Sümer** (2020), s. 263; **Sur**, s. 337; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 555; **Narmanlioğlu**, s. 433.

⁷⁰ **Sur**, s. 338; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 309; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 556-557; **Sümer** (2020), s. 263; **Sümer** (2019), s. 638; **Narmanlioğlu**, s. 433.

⁷¹ **Sur**, s. 338; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 309; **Sümer** (2020), s. 263; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 557.

⁷² **Sümer** (2020), s. 262; **Tunçomağ/Centel**, s. 384; **Narmanlioğlu**, s. 425; **Şahlanan**, s. 178; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 259, 270; **Ekmekçi**, s. 371.

⁷³ **Tunçomağ/Centel**, s. 384; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 282 vd.; **Sümer** (2020), s. 263; **Narmanlioğlu**, s. 425, 428, 441; **Sur**, s. 334; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 535-536.

⁷⁴ **Narmanlioğlu**, s. 430; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 288; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 274; **Şahlanan**, s. 137.

çıkartılma ile sona erebilir. Üyeliğin sona erdiği tarih, iki durumda da farklıdır. Üyelik sıfatının çekilme ile sona ermesi halinde çekilme, sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay sonra geçerlilik kazanır (m. 19/3). Üyeliğin devam ettiği bu bir aylık süre içinde işçi, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam eder⁷⁵. Ancak genel kurul tarafından verilen çıkarma kararı varsa bu durumda üyelik, çıkarma kararı kesinleşinceye kadar devam edecektir (m. 19/4). Üyelik sıfatı sona eren işçinin artık toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacağını söylemek mümkün değildir. İşyerinde çalışmaya devam etmesi kaydıyla taraf sendika üyeliğinden ayrılanlar tıpkı diğer işçiler gibi dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edebilecektir⁷⁶.

Sendika üyeliği bazı durumlarda askıya alınabilir. Madde 19/10, askeri ödev nedeniyle silahaltına alınan işçinin üyeliğinin askıda kalacağını düzenlemiştir. Bu süre içinde toplu iş sözleşmesinden yararlanma mümkün değildir⁷⁷.

Toplu iş sözleşmesine taraf sendikaya üye olan işçilerin sözleşmeden yararlanmalarının başlama tarihi, imza tarihinde⁷⁸ sendikaya üye olup olmamalarına göre farklılık gösterir. Madde 39/2'ye göre, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinde taraf sendikaya üye olan işçiler, yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerdir. Taraf sendika üyelerinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarının başlayacağı tarihe ilişkin yapılan bu düzenleme, emredici niteliktedir ve kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle taraflar aksini kararlaştıramaz⁷⁹.

⁷⁵ Narmanlıoğlu, s. 430, 441; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 289; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 280; Ekmekçi, s. 376-377.

⁷⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 289; Tunçomağ/Centel, s. 384; Sur, s. 334; Sümer (2020), s.262-263; Akyiğit, s. 614; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 274.

⁷⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 289. Askı halinde üyelik sona ermediği için işçinin yararlanmaya devam etmesi yönündeki görüş için Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 276.

⁷⁸ "İmza tarihi" kavramı için Akyiğit, s. 610. Toplu iş sözleşmesinin özel hakem ya da Yüksek Hakem Kurulu tarafından yapılması halinde sözleşme taraflarca imzalanmayacağından buradaki imza tarihi, özel hakem ve Yüksek Hakem Kurulu tarafından uyuşmazlığın sona erdirildiği andır. Akyiğit, s. 611.

⁷⁹ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 335; Tunçomağ/Centel, s. 384; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 270.

Her ne kadar toplu iş sözleşmesi imza tarihinden itibaren yürürlüğe girse de bazen sürecin uzun sürmesi gibi sebeplere bağlı olarak toplu iş sözleşmesinin yürürlük tarihi, imza tarihinden önceki bir tarihe de götürülebilir⁸⁰. Öğretideki baskın görüşe göre, işçi imza tarihinde her ne kadar taraf işçi sendikasına üyesi ise de yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi yürürlük tarihinde de sendika üyesi olmasına bağlıdır. Bir diğer deyişle, yürürlük tarihinin imza tarihinden önceki bir tarih belirlenmesi halinde işçi, yürürlük tarihinde de taraf sendika üyesi olmalıdır⁸¹. Sadece imza tarihinde taraf sendika üyeliğinin yeterli olduğunun kabulü, işçinin taraf sendikaya üye olmadan geçen dönem (yürürlük tarihi ile imza tarihi arasındaki dönem) için toplu iş sözleşmesinden yararlanması anlamına gelir ki bu da Kanun'a ve hukuk sistemimize uygun değildir⁸².

İmza tarihinden sonra üye olanlar için ise toplu iş sözleşmesinden yararlanma, işçilerin üyeliklerinin taraf işçi sendikasıncı işverene bildirildiği tarihten itibaren başlar (m. 39/2). Taraflar aralarında anlaşarak yararlanmanın başlangıcını, en fazla işçinin sendikaya üye olduğu tarihe kadar geri götürebilirler⁸³. Bildirimin işçi sendikası tarafından yapılması arandığından işçi sendikası tarafından yapılmayan bildirimler işvereni bağlamayacaktır⁸⁴. Kanun'da bildirim kime karşı yapılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak toplu iş sözleşmesinin işveren tarafını işveren sendikası oluştursa dahi

⁸⁰ Sümer (2019), s. 627; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 286.

⁸¹ Narmanhoğlu, s. 436-437; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 287; Şahlanan, s. 135; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 270-271; Ekmekçi, s. 372-373. Aksi halde yürürlük tarihinin öncesinden beri işyerinde çalışan işçilerin imza tarihine kısa bir süre kala taraf sendikaya üye olarak sendikasız geçen süre için de üye sıfatıyla yararlanmalarına yol açacaktır. Tuncay/Savaş Kutsal, s. 287. Kanunda sadece imza tarihinde üye olması koşulunun arandığını ve yürürlük tarihi itibarıyla işçilerin işyerinde çalışıyor olmasının yararlanmanın başlaması için yeterli olduğunu ifade eden aksi görüş için Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 982; Sümer (2019), s. 634.

⁸² Tuncay/Savaş Kutsal, s. 287; Narmanhoğlu, s. 437; Akyiğit, s. 607 vd.

⁸³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 288; Narmanhoğlu, s. 438; Aktay, s. 250-251; Şahlanan, s. 137.

⁸⁴ Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 536; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 288; Akyiğit, s. 612-613. İşçi tarafından yapılacak bildirim de geçerli olmasını gerektiğini ileri süren görüş için Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 273.

bildirimini işçiyi toplu iş sözleşmesinden yararlandıracak olan işverene karşı yapılması uygun olur⁸⁵.

Taraf işçi sendikası üyesi olan işçi, yürürlük tarihi ile imza tarihi arasında işe giren (dolayısıyla imza tarihinde taraf sendika üyesi olan) işçiler için toplu iş sözleşmesinden yararlanma, işçinin işe girdiği tarihten itibaren başlar. Yani işçinin işe girdiği tarihten öncesi için toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün değildir⁸⁶.

Toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olan ancak imza tarihi ve yürürlük tarihi arasında bir tarihte iş sözleşmesi sona eren işçiler ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler (m. 39/3)⁸⁷. Yani imza tarihinden önce taraf işçi sendikasına üye işçinin sözleşmesi imzadan önce sona erse bile sözleşmenin sona erme tarihi ile geçmişe doğru etkili kılınan yürürlük tarihi arasında geçen süre için işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanabilecektir⁸⁸. Anılan hüküm mutlak emredicidir⁸⁹. İşçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasında sözleşmenin sona erme nedeni önemli değildir⁹⁰.

2. Toplu İş Sözleşmesinin Taraf İşçi Sendikasına Üye Olmayan İşçilere Uygulanması

Kural olarak, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün değildir. Ancak Kanun koyucu, bu işçilere bazı hallerde toplu iş sözleşmesinden yararlanma

⁸⁵ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 985; Kandemir (2013), s. 181; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 272; Ekmekçi, s. 375.

⁸⁶ Sümer (2020), s. 262; Narmanlioğlu, s. 437; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 286; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 270, 273; Kandemir (2013), s. 180; Şahlanan, s. 134.

⁸⁷ İlk defa 6356 sK ile getirilen düzenleme hakkında mülga Kanun dönemindeki tartışmalar için Narmanlioğlu, s. 439-440; Sur, s. 335-336. Düzenlemenin isabetsiz olduğu yönündeki görüş için Tuncay/Savaş Kutsal, s. 287. Düzenlemenin işçiyi koruyan nitelikte olduğunu ileri süren görüş için Sur, s. 336. Hükümün isabetli olduğu yönündeki görüş için Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 982-983.

⁸⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 272.

⁸⁹ Sur, s. 335; Tunçomağ/Centel, s. 384; Sümer (2020), s. 262.

⁹⁰ Ekmekçi, s. 374.

imkânı vermiştir. Bunlardan biri de dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanmadır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkının sadece taraf işçi sendikasına üye olan işçilere tanınması, sendika özgürlüğüne (sendikaya üye olma, istediği sendikaya üye olma) aykırı olacağı gibi Anayasa tarafından güvence altında olan toplu sözleşme hakkından, taraf işçi sendikasının üyesi olmayanların mahrum kalmasına da yol açacaktır. Bu nedenlerle kural, toplu iş sözleşmesinden taraf sendika üyesi işçilerin yararlanması olsa da bazı hallerde işyerinde çalışan ve taraf sendika üyesi olmayan işçilerin de toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkân tanınmıştır⁹¹.

Madde 25/2'de ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konuları saklı kalmak kaydıyla, işyerinin çalışma koşullarını ilgilendiren sözleşme hükümlerinden işyerinde çalışan tüm işçilerin ve işçi sıfatı taşımayan çıracak, stajyerin de yararlanacağı sonucuna ulaşılır. Ancak parasal nitelik taşıyan hükümlerin sendika üyesi olmayan ya da taraf sendika üyesi olmayan işçilere uygulanması dayanışma aidatı ödenmesi ya da işçi sendikasının yazılı onayı ile mümkündür⁹². Taraf işçi sendikası üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarını sağlayan diğer yol, teşmildir.

a. Dayanışma Aidatı Ödeme İle Yararlanma

i. Genel Olarak

Dayanışma aidatı, “hiçbir sendikaya üye olmayan ya da taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin, uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmek için taraf işçi sendikasına ödedikleri para” olarak tanımlanabilir⁹³. Dayanışma aidatı ile sadece toplu iş sözleşmesinden yararlanılır, sendikanın diğer faaliyetlerinden yararlanmak mümkün değildir⁹⁴.

⁹¹ Narmanlıoğlu, s. 444.

⁹² Narmanlıoğlu, s. 469.

⁹³ Tunçomağ/Centel, s. 386; Çelik/Canıklioğlu/Canbolat, s. 984; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 285. Türk Hukukundaki gelişimi için Tuğ, s. 185 vd. Farklı ülke uygulamaları için Aktay, s. 258 vd.

⁹⁴ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 285.

Dayanışma aidatı ödeme yolu ile toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin ilk düzenleme, 275 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Yürürlükteki düzenleme ise, 6356 sayılı Kanun m. 39/4 vd. nda yer almaktadır. Taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödeme ile toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına ilişkin düzenleme emredicidir, işçinin bu hakkı ortadan kaldırılamaz⁹⁵.

ii. Yararlanma Şartları

6356 sayılı Kanun, dayanışma aidatı ödeme yolu ile toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânını imza tarihinde toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olmayan işçilere tanımıştır. Madde 39/4'de kimlerin dayanışma aidatı ödeme yolu ile toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği düzenlenmiştir. Bunlar, toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de taraf işçi sendikasına üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da üyelikten ayrılanlar ile çıkarılanlardır.

Bu yolla yararlanmanın mümkün olabilmesi için, geçerli olarak yapılmış ve yararlanma talebinin yapıldığı tarihte halen yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi olmalıdır. Süresi sona eren bir toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeme yolu ile yararlanmak mümkün değildir⁹⁶.

Yararlanma için aranan diğer şart, yararlanma talebinde bulunacak işçinin, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışması yani toplu iş sözleşmesinin yer itibarıyla uygulama alanı içinde olması gerekir⁹⁷. Bu işçinin toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının üyesi olmaması da gerekir. İşçinin dayanışma aidatı ödemeye yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmesi için önemli olan, taraf işçi sendikasına üye olmaması olduğundan, başka bir işçi sendikasına üye olması yararlanmaya etki

⁹⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 285; Sümer (2020), s. 265; Tunçomağ/Centel, s. 387; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 293; Sur, s. 344.

⁹⁶ Narmanlioğlu, s. 446, 451; Akyiğit, s. 615; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 543; Tuğ, s. 188-189; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 288-289.

⁹⁷ Sümer (2020), s. 264; Narmanlioğlu, s. 447; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 292; Tuğ, s. 189; Aktay, s. 262.

etmemektedir⁹⁸. Taraf işçi sendikası üyesi olan işçi ise, üyelikten çıkma ya da çıkarılma halinde dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya devam edebilir⁹⁹.

Toplu iş sözleşmesinin kapsamında olmayan işyerindeki işçinin, kapsam dışı bırakılan personelin, işveren vekilinin ve işvereni görüşmelerde temsil edenlerin ya da işçi niteliği taşımayan kişilerin ya da greve katılmayıp işyerinde çalışmaya devam eden işçilerin dayanışma aidatı ödeme yoluyla dahi sözleşmeden yararlanmaları mümkün değildir¹⁰⁰. Aynı şekilde, alt işveren işçisi de asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanamaz¹⁰¹.

Kanun koyucu, işçinin dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını talebine bağlı kılmıştır. Dayanışma aidatının ödenme zamanı yararlanmanın başlangıcı için önem taşımaz¹⁰². İşçi, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanma talebini işverene yöneltmelidir¹⁰³. İşçi tarafından yapılacak talep şekil şartına bağlanmamıştır¹⁰⁴. Talebin sözlü yapılmasına bir engel olmasa da, ispat yükü üzerinde olan işçiye ispat kolaylığı sağlaması açısından yazılı yapılması uygun olacaktır¹⁰⁵. Ayrıca m. 39/4, dayanışma aidatı ödeme yolu ile toplu iş sözleşmesinden yararlanmada

⁹⁸ Sümer (2019), s. 630; Kandemir (2013), s. 185; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 292; Sümer (2020), s. 264; Tunçomağ/Centel, s. 387; Ekmekçi, s. 379; Şahlanan, s. 142; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 544; Tuğ, s. 190; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 290.

⁹⁹ Tuğ, s. 191; Aktay, s. 263; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 290.

¹⁰⁰ Sümer (2020), s. 264; Tunçomağ/Centel, s. 387; Narmanlıoğlu, s. 447-448; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 292; Sur, s. 341; Ekmekçi, s. 386 vd.; Şahlanan, s. 141, 149 vd.; Tuğ, s. 191-192; Aktay, s. 276 vd.; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 290; Subaşı (2009), s. 183-184.

¹⁰¹ Sümer (2020), s. 264; Tunçomağ/Centel, s. 387; Ekmekçi, s. 384; Aktay, s. 264.

¹⁰² Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 293.

¹⁰³ Sur, s. 342; Sümer (2019), s. 631; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 985; Sümer (2020), s. 264-265; Tunçomağ/Centel, s. 385, 387; Narmanlıoğlu, s. 449; Akyiğit, s. 615; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 293; Ekmekçi, s. 380; Şahlanan, s. 143; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 546; Aktay, s. 266; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 293; Subaşı (2009), s. 186; Başbuğ, s. 183.

¹⁰⁴ Sur, s. 342; Akyiğit, s. 615; Şahlanan, s. 144.

¹⁰⁵ Sümer (2019), s. 631; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 293; Sur, s. 342; Ekmekçi, s. 380; Şahlanan, s. 144; Aktay, s. 267; Subaşı (2009), s. 185.

taraf işçi sendikasının onayını ya da kabulünü aramamıştır¹⁰⁶. Anılan hüküm, kamu düzenine ilişkin olup emredicidir. Hükümün emredici niteliği gereği, dayanışma aidatı ödeme yolu ile yararlanmayı işçi sendikasının iznine bağlayan bir anlaşma hukuken geçerli değildir¹⁰⁷.

Dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanmaya yönelik başvuru bir defaya mahsus değildir. İşçi, toplu iş sözleşmesi yürürlükteyken dayanışma aidatı ile yararlanmaktan vazgeçip talebini geri alabilir ve daha sonra tekrar başvurarak yararlanmayı talep edebilir¹⁰⁸. Vazgeçme talebinin de işverene yöneltilmesi gerekir¹⁰⁹.

Dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanma bir haktır ve yararlanıp yararlanmama işçinin kendi iradesindedir¹¹⁰. Bu nedenle, işverenin işçiyi bir talebi olmaksızın, kendiliğinden ücretinden kesinti yaparak dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlandırması mümkün değildir¹¹¹. Aksi halde m. 25/2'ye aykırılık nedeniyle sendikal tazminat gündeme gelebilecektir. Ayrıca, taraf işçi sendikası bu yararlanma için işverenden tazminat olarak dayanışma aidatını talep edebilir¹¹².

İşçinin talebi sadece mevcut toplu iş sözleşmesi açısından geçerlidir. Bu nedenle yeni toplu iş sözleşmesinin yapılması halinde işçinin dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanması, tekrar talepte bulunmasına bağlıdır¹¹³.

¹⁰⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 985; Sümer (2020), s. 265; Sümer (2019), s. 631; Tunçomağ/Centel, s. 387; Narmanlioğlu, s. 445; Akyiğit, s. 618; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 293; Sur, s. 341; Ekmekçi, s. 380; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 286; Başbuğ, s. 183.

¹⁰⁷ Tunçomağ/Centel, s. 387; Narmanlioğlu, s. 467-468; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 293; Sur, s. 341; Ekmekçi, s. 380; Tuğ, s. 197; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 286.

¹⁰⁸ Akyiğit, s. 624; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 294-295.

¹⁰⁹ Ekmekçi, s. 383.

¹¹⁰ Ekmekçi, s. 380; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 291; Subaşı (2009), s. 180.

¹¹¹ Sur, s. 341-342; Tunçomağ/Centel, s. 387-388; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 297; Narmanlioğlu, s. 470; Ekmekçi, s. 379; Şahlanan, s. 143; Tuğ, s. 193-200; Aktay, s. 267; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 292.

¹¹² Sümer (2020), s. 263; Sümer (2019), s. 642; Akyiğit, s. 616; Aktay, s. 275.

¹¹³ Sur, s. 342; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 294; Sümer (2020), s. 265; Akyiğit, s. 617; Şahlanan, s. 144; Tuğ, s. 193-194; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 292.

iii. Yararlanma Süresi

Dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma için işçinin talepte bulunması gerekir. Kanun'da talep için bir süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla yararlanmak isteyen işçinin her zaman yararlanma talebinde bulunması bir mümkündür¹¹⁴. Dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanma için yürürlükteki bir toplu iş sözleşmesinin varlığı arandığından işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi sona erinceye kadar taraf sendika üyesi olmayan işçi yararlanma talebinde bulunabilir¹¹⁵. Aynı şekilde sözleşme yürürlüğe girmeden önce de işçinin talepte bulunması mümkündür. Yararlanma talebi, talep tarihinden itibaren geçerlidir (m. 39/4). Uygulamada yararlanma, talep tarihini izleyen aybaşından itibaren başlar¹¹⁶.

2822 sayılı Kanun m. 9/3'de yararlanmanın talep tarihinden itibaren başlayacağını düzenleyen bir hüküm mevcuttu. Ancak yürürlük tarihi geriye etkili olarak¹¹⁷ belirlenen bir toplu iş sözleşmesinde dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma isteyen işçinin imza tarihinden önce talepte bulunması halinde yararlanmanın ne zaman başlayacağıyla ilgili öğretilerde tartışmalar yapılmıştı. Öğretilerde bir görüş, işçinin geçmişe etkili yürürlük tarihinden itibaren yararlanması gerektiğini, geçmişe etkili olarak yararlanamamanın olumsuz sendika özgürlüğüne aykırı olduğunu savunmuştu¹¹⁸. Aksi görüş ise, dayanışma aidatı ödeyen işçilerin yararlanmasının talepte bulunmaları halinde imza tarihinden sonrası için başlayacağı yani geçmişe dönük yararlanmanın mümkün olmadığını ifade etmişti¹¹⁹. Bu görüşe göre, dayanışma aidatı ödeme

¹¹⁴ Subaşı (2009), s. 188; Narmanlioğlu, s. 451; Şahlanan, s. 147; Sümer (2019), s. 635.

¹¹⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 292.

¹¹⁶ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 294; Narmanlioğlu, s. 458; Tuğ, s. 197.

¹¹⁷ Geriye etkili yürürlük kavramı için Keser, Hakan (1994) "Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı", Çimento İşveren Dergisi, C:8, S:5, s. 5.

¹¹⁸ İşçinin dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanmasında geçmişe ilişkin dönem için de yararlanmasının sağlanması yönündeki görüş için Reisoglu, s. 148; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 548, Aktay, s. 269; Keser, s. 9; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 294.

¹¹⁹ Narmanlioğlu, s. 454-456 vd.; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 294. Dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlananların geçmişe dönük yararlanması halinde taraf sendika

ile yararlanma için yapılacak talebin en erken imza tarihinde yapılabilecektir¹²⁰. Yargıtay da o dönem imza tarihinden önce yapılan taleplerin imza tarihinden sonra tekrar yapılmazsa yararlanmanın başlamayacağı yönünde kararlar vermiş¹²¹, dayanışma aidatı ödeyenlerin geçmişe dönük olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının mümkün olmadığını aksi halde taraf sendika üyelerine göre dayanışma aidatı ödeyenlerin daha avantajlı olacaklarını belirtmişti¹²².

Mülga Kanun dönemindeki tartışmalar sonrası 6356 sayılı Kanun m. 39/4 4. cümlede “*imza tarihinden önce yapılan talepler için yararlanmanın imza tarihi itibarıyla*” başlayacağı düzenlenmişti. Hükme göre, dayanışma aidatı ödeme yolu ile yararlanmak isteyenler imza tarihinden başvuru yapsalar dahi yararlanma en erken, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden itibaren başlayacak ve dayanışma aidatı ödeyenler açısından geriye yönelik olarak yararlanma mümkün olmayacaktı¹²³. Düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte öğretide düzenlemenin isabetli olduğu yönündeki görüşün¹²⁴ yanında

üyesi işçilere göre daha fazla hak tanınmasının isabetli olmadığını ifade görüş için **Şahlanan**, s. 147-148.

¹²⁰ **Şahlanan**, s. 147.

¹²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2007/9-27, K:2007/47, T:31.01.2007, Legalbank, s.e.t.26.03.2021; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E:2005/20647, K:2006/3670, T:15.02.2006, Çalışma ve Toplum, S:2, Y:2006, s. 150-151. Kararda, işçinin imza tarihinden önce verdiği dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma isteğine ilişkin dilekçenin, imza tarihinden sonra tekrar vermemesinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına engel olacağı belirtilmiştir. Aynı yönde: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:1985/9262, K:1985/489, T:07.05.1986, Legalbank, s.e.t.26.03.2021.

¹²² Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E:1985/2154, K:1985/4167, T:16.04.1985, Lexpera, s.e.t.26.03.2021; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E:1985/9459, K:1985/571, T:23.05.1986, Legalbank, s.e.t.26.03.2021.

¹²³ **Narmanlıoğlu**, s. 451-452; **Akyiğit**, s. 622-623; **Sur**, s. 343; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 547.

¹²⁴ Getirilen düzenlemenin isabetli olduğu, istisna olan hükümlerin dar yorumlanması gerektiği yönünde görüş için **Narmanlıoğlu**, s. 454, 456 vd. Bu görüşe göre, Kanun’un talep tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı verilmesi, imza tarihinden önceki dönem için geriye dönük dayanışma aidatı alınmasını gerektirecektir. Bu da taraf sendika üyesi işçilerden daha fazla yararlanma imkânına sahip olma anlamına gelir ki bunun da kabulü mümkün değildir. Diğer görüşe göre, imza tarihinden sonra sendikaya üye olanların yararlanması üyeliğin işverene bildirildiği tarihten itibaren başlarken, dayanışma aidatı ile

düzenlemeye katılmayan ve üye işçiler ile dayanışma aidatı ödeyen işçiler arasında yapılan ayrımı haksız bularak eleştiren görüş¹²⁵ de ortaya çıkmıştır. Hatta düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir¹²⁶.

Bakırköy 16. İş Mahkemesi görmekte olduğu bir dava esnasında 6356 sayılı Kanun'un m. 39/4'ün 4. cümlesini Anayasa'nın 51. maddesine aykırı bularak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur¹²⁷. Bakırköy 16. İş Mahkemesi başvurusunda, dayanışma aidatı ile yararlanan işçiler açısından yararlanma tarihinin imza tarihi olarak belirlenmesinin, taraf sendikaya üye olan işçiler ile dayanışma aidatı ödeyen işçiler arasında bir ayrıma yol açtığını belirtmiştir. Bu nedenle de, dayanışma aidatı ödeyen işçilerin toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına üye olmaya zorlandığını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin itiraz konusu hüküm nedeniyle, geçmişe dönük haklardan yararlanamayacağını, işçilerin de bu sonuçtan kaçmak için taraf işçi sendikasına üye olmalarının gerekeceğini belirtmiş ve bunun da olumsuz sendika hakkını ve toplu iş sözleşmesi hakkını sınırladığını ifade etmiştir. İtiraza konu olan

yararlananların imza tarihinden önceki taleplerinin imza tarihi ile hüküm doğurması yerindedir. Aksi durumda yararlanma imza tarihinden önce başlar ki bu da istisnai yararlanma imkânı tanıyan dayanışma aidatı ile yararlanmak isteyenlerin daha fazla avantaj elde etmesi anlamına gelecektir. **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 294.

¹²⁵ **Subaşı** (2009), s. 190. Taraf sendika üyesi işçi ile dayanışma aidatı ödeyen işçi arasında yapılan ayrımın haksız olduğunu ifade eden görüş için **Akyiğit**, s. 600. Taraf sendika üyesi işçinin imza tarihinde sendikaya üye olması halinde geriye yönelik belirlenen yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkân tanıyan Kanun'un, dayanışma aidatı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler açısından geçmiş haklardan yararlanmasını önleyen bu düzenlemenin isabetli olmadığı, sendika üyesi ile dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler arasında gereksiz bir ayrım yapıldığı söyleyen aynı yöndeki diğer görüş için **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 985 vd.

¹²⁶ m. 39/4'ün 4. cümlesi nedeniyle dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlananların geriye etkili kılınan hükmün taraf sendikaya üye olmayanlar açısından bir baskı oluşturduğu ve Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmiştir. **Ekmekçi**, s. 382-383.

¹²⁷ Kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olması halinde Anayasa m. 150 uyarınca iptal davası açılabileceği gibi, Bakırköy 16. İş Mahkemesi'nin yaptığı gibi mahkeme tarafından Anayasa m. 152 uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir.

hükmün, taraf işçi sendikası ve üyeleri lehine olduğu, sendikalar arası rekabeti taraf sendika lehine bozduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda ayrıca, taraf sendika üyeleri herhangi bir işleme gerek kalmadan toplu iş sözleşmesinden yararlanabiliyorken, taraf sendika üyesi olmayanların dayanışma aidatı ödemelerini bir külfete katlanmak olarak değerlendirmiş ve son olarak, güçlü sendika ile toplu iş sözleşmesi hakkı arasındaki dengenin bozulduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi 2020/57 E., 2020/83 K. sayılı ve 30.12.2020 tarihli kararı¹²⁸ ile 6356 sayılı Kanun m. 39/4'ün 4. cümlesini Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Karar, dayanışma aidatı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanacak olan taraf sendika üyesi olmayan işçilerin de toplu iş sözleşmesine taraf olan işçi sendikasının üyeleri gibi yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkân vermiştir.

Kararda yer alan karşı oy yazısında ise, 6356 sayılı Kanun m. 39/4 4. cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı belirtilmiştir. İki mahkeme üyesi tarafından yazılan karşı oy yazısında, toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecindeki zorluklara ve aidat ödeme yükümlülüğüne her ne kadar taraf sendika üyeleri katlansa da, dayanışma aidatı ödeyerek sendikaya üye olup olmama özgürlüğüne de uygun olarak toplu iş sözleşmesinden taraf sendika üyesi olmayanların da yararlanmalarının sağlandığı vurgulanmıştır. Ayrıca, ilgili hükmün iptaliyle birlikte iki ihtimalin söz konusu olacağı belirtilmiştir. Birincisi, toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında henüz imzalanacağı bile belli olmayan bir sözleşme için imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödenmeye başlanacak, ikinci ihtimalde ise imza tarihinden sonra dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanma için yapılacak taleple geçmişe dönük yararlanma söz konusu olacaktır. Ek olarak, ikinci ihtimalde, dayanışma aidatının geriye dönük olarak ödenmesinin birtakım sorunlara yol açabileceği ifade edilmiştir.

Sendika üyesi işçinin üyelikten doğan birçok hakkı olsa da bunlardan en önemlisi, toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkıdır. Dolayısıyla bir işçinin sendikaya üyeliğindeki en önemli nedenin toplu iş sözleşmesinden

¹²⁸ RG, 03.03.2021, 31412.

yararlanmak olduğu söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı ile sendika üyesi olmayan işçiler taraf işçi sendikası üyesi işçilere nazaran daha tercih edilebilir bir niteliğe sahip olmuşlardır. Zira aynen taraf sendika üyesi gibi üye olmayanlar da yürürlük tarihinden itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerdir. Böyle bir durumda işçilerin taraf sendikaya üye olarak uzun bir süre aidat ödemektense, üyelik aidatından daha az miktarda belirlenebilecek dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanması daha avantajlı hale getirilmiştir.

Toplu iş sözleşmesinden yararlanmada asıl olan, taraf işçi sendikasına üyeliktir. Kanun koyucunun üye olmayan işçilere getirdiği bir imkân olan dayanışma aidatı ödeme suretiyle yararlanma, istisna olarak getirilmiştir. Ancak karşı oy yazısında da isabetle belirtildiği üzere, toplu iş sözleşmesinden yararlanmada asıl olan işçinin sendikaya üyeliği ve imza tarihinden sonra üye olan işçinin yararlanması dahi ileriye dönük hüküm doğurarak işverene bildirildiği tarihten itibaren başlarken, istisnai olarak tanınan dayanışma aidatı ödeme yolu ile yararlanmanın geriye dönük etkisinin olmaması gerekir. Böyle bir durumda, geçmişe dönük hak elde etmek isteyen işçinin üyeliği tercih etmesi beklenemeyecektir. Ayrıca yukarıda ifade edildiği gibi¹²⁹ imza tarihinde üye olmasına rağmen yürürlük tarihinin geçmişe etkili kılındığı bir toplu iş sözleşmesinde üye işçinin yararlanması yürürlük tarihinde de üye olmasına bağlıken, dayanışma aidatı ödeyenlerin yürürlük tarihinden itibaren geçmişe dönük yararlanmaları istisnai yararlanma yolunun asıl kural olan taraf sendika üyeliğine tercih edilmesi anlamına gelecektir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın 2021 yılı Ocak ayı istatistiğine göre, Türkiye'deki işçilerin sendikalaşma oranı %14.40'tır¹³⁰. OECD'nin 2016-2018 için sendikalaşma oranlarını yayınladığı rapora göre, Türkiye 99 ülke arasında yapılan sıralamada %8,2 ile son sıralardadır. Aynı yıl aralığında OECD ülkelerinin ortalaması %16,1 olarak hesaplanmış ve sendikalaşmanın en yüksek

¹²⁹ Bkz. II-B-1-b. bölüm

¹³⁰ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İşçi Sayıları ve Sendikaların Üyeleri Hakkında Tebliğler, <<https://www.csgeb.gov.tr/istatistikler/calisma-hayati-istatistikleri/sendikal-istatistikler/isci-sayilari-ve-sendikalarin-uye-sayilari-hakkinda-tebligler/>>s.e.t.08.06.2021.

olduğu ülke %90.4 ile İzlanda olmuştur¹³¹. Görülmektedir ki, ülkemizde son yıllarda işçilerin sendikalaşma oranlarında bir artış görülse de¹³² bu artış diğer ülkelere kıyasla yetersizdir. Zaten sendikalaşma oranlarının düşük olduğu ülkemizde, üye olmamanın daha lehe olduğu bir düzende, zamanla sendikaların örgütlenmesi zorlaşacak, sendikalar güçsüzleşecek ve uzun vadede toplu iş sözleşmesinin yapılması mümkün olmayacak ve üye olan-olmayan tüm işçilerin haklarında bir gerileme yaşanacaktır. Açıklanan sebeplerle Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara katılmak mümkün değildir¹³³.

Dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin yararlanması bazı hallerde sona erer. Bunlar: işçinin kendi isteği ile aidat ödemekten vazgeçmesi, işçinin taraf işçi sendikasına üye olması ya da toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi durumlarıdır. Ayrıca işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi ya da dayanışma aidatı ödeyerek yararlandığı toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında bulunan bir işyerine nakledilmesi ile de yararlanma sona erer¹³⁴.

Sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi ya da faaliyetin durdurulması halinde de dayanışma aidatı ödenmesi gerekmeyecek ancak işçinin yararlanması devam edecektir (m. 39/6)¹³⁵. Faaliyeti durdurulan sendikanın tekrar faaliyete geçmesi halinde önceki döneme ilişkin geriye dönük dayanışma aidatı talep etmesi mümkün değildir¹³⁶. Böyle bir talep m. 39/6'ya aykırıdır.

¹³¹ OECD iLibrary, <https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/good-jobs-for-all-in-a-changing-world-of-work/trade-union-density-and-collective-bargaining-coverage-have-trended-to-fall_9789264308817-graph18-en>, s.e.t.31.03.2021.

¹³² Bakanlık verilerine göre sendikalaşma oranı, 2018 Ocak'ta %12.38, 2019 Ocak'ta %13.86, 2020 Ocak'ta %13.84'dür.

¹³³ 2822 sK dönemindeki Yargıtay kararları da bu yönde olup, dayanışma aidatı ödeyenlerin geçmişe dönük yararlanmalarının mümkün olmaması gerektiği ifade edilmiştir. **Narmanlıoğlu**, s. 456 vd.; **Şahlanan**, s. 147-148; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 294.

¹³⁴ **Sümer** (2020), s. 265; **Narmanlıoğlu**, s. 459 vd.

¹³⁵ **Sümer** (2020), s. 265; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 987; **Narmanlıoğlu**, s. 445; **Akyiğit**, s. 627; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 295-296; **Sur**, s. 342; **Şahlanan**, s. 146; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 549; **Ekmekçi**, s. 384; **Aktay**, s. 271; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 291.

¹³⁶ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 987; **Akyiğit**, s. 619.

İşçinin taraf sendikaya üye olması halinde artık üyelik sıfatıyla yararlanma söz konusu olacağından dayanışma aidatı ödenmesine gerek yoktur¹³⁷.

İşçinin dayanışma aidatı ödeme yoluyla yararlanması en fazla toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar mümkündür¹³⁸. Toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi halinde yenisi yürürlüğe girinceye kadar toplu iş sözleşmesi hükümleri dayanışma aidatı ödemeksizin iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder. Ancak bu hükümlerden, sadece toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte dayanışma aidatı ödeyen işçiler yararlanır¹³⁹.

iii. Dayanışma Aidatı Miktarı ve Ödenmesi

Dayanışma aidatının miktarının belirlenmesinde bir denge sağlanmalıdır. Miktarın yüksek olması, taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına engel olabileceği gibi işçilerin sendikaya üye olmaya zorlar. Miktarın düşük olması ise, taraf işçi sendikasının üyelerini kaybetmesine yol açabilir¹⁴⁰.

2822 sayılı Kanun'da, dayanışma aidatının miktarına ilişkin düzenleme m. 9/4'de yer almaktaydı. Miktar, üyelik aidatının üçte ikisi oranında olarak belirlenmişti¹⁴¹. 6356 sayılı Kanun ise benzer hükme yer vermemiştir. 6356 sayılı Kanun tasarisinin ilk halinde "*dayanışma aidatı üyelik aidatı miktarı kadardır*" şeklindeyken m. 39/5'de dayanışma aidatının "*üyelik aidatından fazla olamayacağı*" şeklinde değiştirilmiştir. Kanun, dayanışma aidatı için üst sınır belirlemiş ve üyelik aidatı miktarının sendika tüzüğü¹⁴² ile belirleneceğini

¹³⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 296; Ekmekçi, s. 383.

¹³⁸ Tuğ, s. 197.

¹³⁹ Subaşı (2009), s. 198; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 296; Sümer (2020), s. 265; Ekmekçi, s. 384; Şahlanan, s. 149; Tuğ, s. 198-199; Aktay, s. 271; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 295.

¹⁴⁰ Tunçomağ/Centel, s. 388; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 294; Şahlanan, s. 145.

¹⁴¹ Mülga Kanundaki hükmün isabetli olduğu görüşü için Sur, s. 342; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 986.

¹⁴² Aidat miktarı sendika tüzüğü ile belirlenmemişse, dayanışma aidatı yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyen işçilerin bir bedel ödmeden bedava olarak yararlanmaları gerektiği yönündeki görüş için Akyiğit, s. 620; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 288.

hüküm altına almıştır. Öğretide düzenlemenin olumsuz sendika özgürlüğünü zedelediği ifade edilmiştir¹⁴³.

Dayanışma aidatının ödenmesine ilişkin hüküm m. 18/2'de yer alır. Buna göre, yetkili işçi sendikası, üyelik aidatında olduğu gibi dayanışma aidatının ödenmesi için işverene yazılı başvuru yapar ve sendikanın hesabına yatırılır¹⁴⁴. Dayanışma aidatı, işveren tarafından işçinin ücretinden kesilmek suretiyle ödenir. Bu usul, check-off sistemi olarak ifade edilir¹⁴⁵.

Dayanışma aidatını taraf işçi sendikasına ödeme borcu, işverenin üzerindedir. Ancak işverenin bu borcunu yerine getirmemesi yani dayanışma aidatını işçi sendikasına ödememesi işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasını etkilemez¹⁴⁶. Kanun koyucu işverenin ödeme borcunu yerine getirmemesi durumunda m. 18/3 ile bir müeyyide getirmiştir. Aidatı kesmemesi ya da kesmesine rağmen bir ay içinde ilgili işçi sendikasına ödememesi halinde işveren, bildirim şartı aranmadan bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faizle birlikte ödemekle yükümlü tutulmuştur. Kanundaki “bildirim şartı aranmadan” ifadesi, borçlu işverenin temerrüde düşürülmesine gerek olmadığı anlamındadır¹⁴⁷.

b. İşçi Sendikasının Yazılı Onayı ile Yararlanma

İşçi sendikasının yazılı onayı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya ilişkin düzenleme m. 26/4'de yer alır. Anılan hüküm, kuruluşların kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve çıkarların üyesi olmayanlara

¹⁴³ Kutsal, s. 169; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 295; Subaşı (2009), s. 186. Dayanışma aidatı miktarının üyelik aidatı miktarını geçemeyeceğine ilişkin hükmün olumsuz sendika özgürlüğü ve Anayasa'ya aykırı olduğu ve sendikaların dayanışma aidatı miktarını üyelik aidatı miktarı ile aynı belirleyebileceği ifade edilmiştir. Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 206; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 426.

¹⁴⁴ Sümer (2020), s. 265.

¹⁴⁵ Tunçomağ/Centel, s. 388; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 295; Sur, s. 342. Aidatların işveren tarafından ödenmesi, işçi sendikalarının aidat toplama zorluğu yaşamalarının önüne geçmekte bu durum güçlü sendikacılığı da desteklemektedir. Esener/Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 206 vd.

¹⁴⁶ Sümer (2019), s. 632; Sur, s. 343.

¹⁴⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 295; Akyiğit, s. 630.

uygulanmasına imkân vermektedir. Ancak bunun için sendikanın yazılı onayı aranmıştır. Özel bir şekil şartı öngörülmediği için adi yazılı onay verilmesi yeterlidir¹⁴⁸. Sendikanın verdiği yazılı onayı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin dayanışma aidatı ödemesi gerekmez¹⁴⁹.

Sendikanın yazılı onay vermesi halinde sürekli olarak bununla bağlı olacağı kabul edilemez, sendikanın bir süre sonra verdiği onayı geri alması mümkündür¹⁵⁰. Sendikanın yazılı onayı ile yararlanmanın başlangıcı, yazılı olarak onay verildiğinin işverene tebliğ edildiği tarihtir¹⁵¹.

İşçi sendikasının yazılı onayı ile yararlanmada 6356 sayılı Kanun'un 7.-12. bölümleri arasında yer alan hükümler saklı tutulmuştur. Bunun anlamı, bu bölümde yer alan düzenlemelerde -dayanışma aidatı ödeme ve teşmil uygulamasında- işçi sendikasının yazılı onayına ihtiyaç yoktur¹⁵². Sendikanın vereceği yazılı onaya rağmen işyerinde toplu iş sözleşmesinden yararlanmak istemeyen işçi varsa işçinin iradesi üstün tutularak toplu iş sözleşmesinden yararlanmaması sağlanmalıdır¹⁵³.

Uygulamada işçi sendikasının toplu iş sözleşmesinden diğer işçilerin yararlanmasına ilişkin yazılı onay verdiklerine çok rastlanmamıştır¹⁵⁴. Zira taraf işçi sendika üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı yoluyla dahi sözleşmeden yararlanmasını istemeyen sendikaların hiçbir gelir elde etmeksizin yararlanmaya izin vermesi beklenemez¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Akyiğit, s. 631; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 551; Aktay, s. 265.

¹⁴⁹ Sümer (2020), s. 263; Narmanlioğlu, s. 467-468; Başbuğ, s. 184.

¹⁵⁰ Akyiğit, s. 632.

¹⁵¹ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 296; Keser, s. 10.

¹⁵² Tunçomağ/Centel, s. 387; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 296; Sümer (2020), s. 263.

¹⁵³ Akyiğit, s. 632.

¹⁵⁴ Sümer (2020), s. 263; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 296; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 545; Aktay, s. 265, 274-275; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 296.

¹⁵⁵ Narmanlioğlu, s. 468-469.

c. Sözleşmenin Teşmili Yoluyla Yararlanma

i. Genel Olarak

“Teşmil” kelime anlamı itibariyle “kapsamına alma, genişletme, yayma” anlamına gelmektedir¹⁵⁶. Hukuki anlamda teşmil ise, işyerinin kurulu bulunduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendikanın taraf olduğu toplu iş sözleşmesini o işkolunda toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyeri veya işyerlerine Cumhurbaşkanlığı kararı¹⁵⁷ ile uygulanarak, toplu iş sözleşmesinin yer ve kişi itibariyle uygulama alanının genişletilmesidir¹⁵⁸.

Teşmil ilk olarak 275 sayılı Kanun ile hukukumuzda girmiş olup¹⁵⁹ mevcut düzenleme 6356 sayılı Kanun m. 40¹⁶⁰’dadır¹⁶¹. Teşmil, aynı işkolunda ancak toplu iş sözleşmesi uygulanmayan bir işyerinin toplu iş sözleşmesiz kalmasını önlemeyi amaçlar. Bunun yanında o işkolunda çalışan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerle çalışma şartları arasındaki farklılıkları önlemek ve çalışma şartlarının teşmil edilecek toplu iş sözleşmesi ile düzeltilmesi de teşmilin amaçları arasındadır¹⁶². Teşmil ile aynı işkolundaki işletmeler arasındaki rekabet

¹⁵⁶ www.sozluk.gov.tr, s.e.t.18.03.2021.

¹⁵⁷ Bakanlar Kurulunda olan teşmil kararı verme yetkisi 02.07.2018 tarihli 700 sayılı KHK m. 197 ile değiştirilmiş olup teşmil kararı verme yetkisi artık Cumhurbaşkanlığı’ndadır.

¹⁵⁸ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 987; **Sur**, s. 351; **Sümer** (2020), s. 265; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 298; **Tuğ**, s. 200; **Şahlanan**, s. 155; **Akyiğit**, s. 633; **Ekmekçi**, s. 400. Toplu pazarlık ile yapılan toplu iş sözleşmesi hükümlerinin toplu pazarlık yapmayan işverene teşmil kararıyla uygulanmasının Anayasa’ya aykırı olduğu görüşü için **Ekmekçi**, s. 400.

¹⁵⁹ 275 sK döneminde hiç teşmil uygulaması yapılmamıştır. **Reisoğlu**, s. 160. 2822 sayılı Kanun döneminde 18 adet teşmil uygulaması yapılmıştır. **Baycık, Gaye** (2019) Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), “Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ve Türkiye İçin Öneriler”, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_683778.pdf>s.e.t.09.03.2021, s. 41; **Kandemir, Murat** (2002) “Toplu İş Sözleşmelerinin Teşmili”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, s. 633.

¹⁶⁰ Hüküm, 2822 sK m. 11 ile paraleldir.

¹⁶¹ AB’ye üye devletlerdeki teşmil uygulamaları için **Baycık**, s. 18 vd. Farklı ülke uygulamaları için **Aktay**, s. 285; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 298-299.

¹⁶² **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 299; **Sümer** (2020), s. 265; **Sur**, s. 351; **Aktay**, s. 288-289; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 560; **Narmanlioğlu**, s. 480. Teşmilin sakıncaları için **Tuğ**, s. 203; **Şahlanan**, s. 156.

açısından ortaya çıkacak sakıncaların giderilmesi de amaçlanır¹⁶³. İşyerinin kurulu olduğu işkolunda en çok üyeye sahip sendika¹⁶⁴ tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesinin o işkolundaki toplu iş sözleşmesi olmayan işyeri ve işyerlerine teşmil edilerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçi sayısının azaltılması amaçlanmıştır.

Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikası, teşmil edilen işyerleri açısından taraf sendika değildir¹⁶⁵. Teşmil ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçilerin dayanışma aidatı ödemeleri gerekmez¹⁶⁶. İşçi sendikasının onayı da aranmaz¹⁶⁷. Bu, işçi sendikasının teşmil kapsamına giren işyerlerinde taraf sendika olmamasının bir sonucudur¹⁶⁸.

Teşmilin hukuki niteliği tartışmalıdır. Ancak öğretide ağır basan görüşe göre teşmil, kamu hukuku özellikleri ağır basan karma nitelikli bir işlemdir. Zira teşmil bir idari işlem olmakla birlikte bunun yanında sözleşme niteliğini

¹⁶³ **Sur**, s. 351, 357 vd. Teşmilin avantajları için **Subaşı, İbrahim** (2013) “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, S:4, Y:2013, s. 213 vd.

¹⁶⁴ 6356 sK'nun teşmil edilecek sözleşmenin o işkolunda en çok üyeye sahip sendika tarafından yapılmış olmasını aramasının isabetsiz bulan görüş için **Baycık**, s. 45-46.

¹⁶⁵ **Subaşı** (2013), s. 229; **Sümer** (2019), s. 648; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 304; **Sur**, s. 355-356; **Tunçomağ/Centel**, s. 391; **Narmanlioğlu**, s. 482; **Tuğ**, s. 209; **Şahlanan**, s. 164; **Ekmekçi**, s. 403; **Kandemir** (2002), s. 642. Bunun sonucunda, işyeri sendika temsilcisi atanamayacağı gibi, teşmil edilen işyerlerindeki işçiler sendikalı-sendikasız ayrımı olmaksızın dayanışma aidatı ödemedi toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceklerdir.

¹⁶⁶ **Subaşı** (2013), s. 232; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 304; **Sümer** (2019), s. 648; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 988; **Sur**, s. 355; **Sümer** (2020), s. 266; **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 568; **Tunçomağ/Centel**, s. 391; **Aktay**, s. 300-301; **Narmanlioğlu**, s. 482; **Tuğ**, s. 210; **Akyiğit**, s. 640; **Reisoğlu**, s. 164-165; **Ekmekçi**, s. 404; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 303. Öğretide toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerindeki taraf sendika üyelerinin dayanışma aidatı ödeyerek sözleşmeden yararlanabilmeleri mümkünken, toplu iş sözleşmesinin teşmil edildiği işyerlerinde işçilerin dayanışma aidatı ödemeksizin sözleşmeden yararlanabilmesi eleştirilmiştir. **Şahlanan**, s. 164. Aksi görüş, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerindeki işçilerin dayanışma aidatı ödemelerinin doğru olmadığını, zira toplu iş sözleşmesinin tarafı olan sendikanın bu işyerinde taraf sendika niteliğinde olmamasının da bunu gerektirdiğini ifade etmiştir. **Sur**, s. 356.

¹⁶⁷ **Sümer** (2019), s. 649; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 303.

¹⁶⁸ **Sur**, s. 355.

de devam ettirmektedir¹⁶⁹. İdari bir işlem olmasının sonucu olarak, teşmil kararı yargı denetimine tabidir¹⁷⁰. Anayasa’da idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenleyen hükmü de bunu gerektirir (Anayasa m. 125/1). Teşmil kararının iptali için açılacak davanın Danıştay’da açılması gerekir¹⁷¹.

ii. Yararlanma Şartları

Teşmil kararı alınabilmesi için her şeyden önce bir talep olması gerekir. Talep olmadan Cumhurbaşkanı tarafından re’sen teşmil kararı verilmesi mümkün değildir¹⁷². Madde 40/1’e göre talepte bulunabilecekler; o işkolundaki işçi veya işveren sendikalarının veya ilgili işverenlerden birinin ya da Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı ile sınırlıdır. Sayılanlardan başka birisinin teşmil talebinde bulunması mümkün değildir¹⁷³. Cumhurbaşkanı taleple bağlı değildir, talebe rağmen teşmil kararı vermeyebilir. Bu, teşmil kararının idari bir tasarruf olmasının sonucudur. Ancak böyle bir durumda teşmil talebinde bulunlar yargı yoluna başvurabilirler¹⁷⁴. Bunun yanında teşmil kararı alınabilmesi için başka şartların da varlığı aranır.

Teşmil kapsamına alınan işyerlerinin, teşmil edilecek ve yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin yapıldığı işkolunda olması gerekir. Daha sonra, teşmile konu toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasının aynı işkolunda faaliyet gösteren sendikalar içinde en çok üyeye sahip işçi sendikası olması gerekir. 2822

¹⁶⁹ Tuğ, s. 209; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 297; Kandemir (2013), s. 183; Kandemir (2002), s. 646; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 305; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 561; Sur, s. 358; Aktay, s. 289; Şahlanan, s. 162; Reisoğlu, s. 161.

¹⁷⁰ Akyiğit, s. 638; Subaşı (2013), s. 221; Sur, s. 353; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 301; Aktay, s. 299; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 303.

¹⁷¹ Akyiğit, s. 638; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 301; Şahlanan, s. 164.

¹⁷² Subaşı (2013), s. 27; Sur, s. 353; Tunçomağ/Centel, s. 390; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 301; Sümer (2020), s. 266; Tuğ, s. 206-207; Şahlanan, s. 159; Akyiğit, s. 635; Ekmekçi, s. 401; Kandemir (2002), s. 640.

¹⁷³ Aktay, s. 295; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 565. Sınırlı kişiye talep hakkı verilmesi eleştirilmektedir. Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 301. İşçiler teşmil talebinde bulunamazlarsa da Bakanlığa teşmil kararı alınması için başvurabilirler. Şahlanan, s. 159; Tuğ, s. 207; Reisoğlu, s. 163; Kandemir (2002), s. 641.

¹⁷⁴ Subaşı (2013), s. 221; Sur, s. 353; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 301; Aktay, s. 299.

sayılı Kanun m. 11, ayrıca sendikanın o işkolunda çalışan işçilerin en az %10'unu temsil etmesi şartını da aramaktaydı. Bu şarta 6356 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir¹⁷⁵.

Teşmil edilecek toplu iş sözleşmesinin niteliğinin ne olduğu –grup, işyeri vs.- önem arz etmemektedir¹⁷⁶. Taraflarca karşılıklı anlaşarak ya da Yüksek Hakem Kurulu tarafından yapılmış olması da önemli değildir¹⁷⁷. Önemli olan, teşmile konu olacak toplu iş sözleşmesinin yürürlükte olmasıdır¹⁷⁸.

Bunların yanında bir de olumsuz şart aranmaktadır: teşmil kapsamına alınacak işyerlerinde bir toplu iş sözleşmesinin olmaması veya yetkili bir işçi sendikasının bulunmaması gerekir (m. 40/6). Bu nitelikte olan işyerleri teşmil kapsamına girmeyecektir. Kanun teşmilin uygulanabilmesi için işyerinde yetki başvurusunun yapılmamış olmasını aramaktadır. Keza grev veya lokavt kararının alındığı ya da uygulandığı işyerleri açısından da teşmil uygulamasına gidilemez¹⁷⁹. Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinden kapsam dışında bırakılanlar hariç olmak üzere işyerindeki işçilerin tümü yararlanabilir¹⁸⁰.

Teşmil kararının alınması için Yüksek Hakem Kurulu'nun görüşü gerekir. Yüksek Hakem Kurulu, teşmil kararı alınmasıyla ilgili görüş bildirirken kamu yararı, kararın içeriği gibi konuları da inceleyerek bir görüş bildirmelidir¹⁸¹. Kurul'un görüşünü bildirmesi için 15 iş günlük süre öngörülmüştür (m. 40/1). Öngörülen süre içinde Kurulu'un görüş bildirmemesi teşmil kararı için bir engel oluşturmaz¹⁸². Cumhurbaşkanı

¹⁷⁵ **Subaşı** (2013), s. 224; **Kutal**, s. 163; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 987-988. Şartın kaldırılmasının isabetli olduğu yönünde **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 301.

¹⁷⁶ **Sümer** (2019), s. 646; **Tunçomağ/Centel**, s. 389; **Sümer** (2020), s. 266; **Aktay**, s. 293; **Tuğ**, s. 205; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 300.

¹⁷⁷ **Şahlanan**, s. 158; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 300.

¹⁷⁸ **Aktay**, s. 292; **Akyiğit**, s. 635; **Reisoğlu**, s. 162; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 300.

¹⁷⁹ **Sümer** (2019), s. 648; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 300; **Narmanhoğlu**, s. 480.

¹⁸⁰ **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 303; **Aktay**, s. 300.

¹⁸¹ **Sur**, s. 353; **Şahlanan**, s. 160.

¹⁸² **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 302. Kanun'da bir düzenleme olmasa da 15 gün içinde Yüksek Hakem Kurulu'nun görüş bildirmemesine rağmen alınacak teşmil kararının Danıştay'da açılacak davayla iptal edilebilir. **Akyiğit**, s. 636.

Kurul'un görüşü ile bağlı değildir¹⁸³. Yüksek Hakem Kurulu'nun olumsuz görüş bildirmesine rağmen teşmil kararı alınabileceği gibi, Kurul'un olumlu görüşüne rağmen teşmil kararının verilmemesi de mümkündür¹⁸⁴.

Cumhurbaşkanı aranan şartların varlığı halinde tamamen veya kısmen ya da zorunlu değişiklikleri¹⁸⁵ yaparak teşmil kararı verebilir. Teşmil kararı, Resmi Gazete'de yayımlanır. Teşmil kararının o işkolundaki işyerlerinin tümü için uygulanması zorunlu değildir, bazı işyerleri teşmil kararı dışında bırakılabilir¹⁸⁶. Örneğin, toplu iş sözleşmesinin getireceği yükümlülükleri yerine getiremeyecek işyerleri kapsam dışında bırakılabilir¹⁸⁷. Ancak işletme toplu iş sözleşmesinin yapılması kamu düzeninden olup, işletme kapsamındaki işyerlerinden bazılarının teşmil kapsamına alıp bazı işyerlerini kapsam dışı bırakmak mümkün değildir. Alınacak teşmil kararının tüm işletmeyi kapsamaması gerekir¹⁸⁸.

Cumhurbaşkanı tarafından verilecek teşmil kararında teşmilin gerekçesi açıklanır (m. 40/2). Öğretide kararın gerekçeli olarak verilmesine bağlı olarak teşmil kararı verilirken "kamu yararı" şartının aranması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁹.

¹⁸³ Subaşı (2013), s. 227; Sur, s. 353; Sümer (2020), s. 266; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 988; Aktay, s. 296; Narmanlioğlu, s. 481; Tuğ, s. 207; Şahlanan, s. 160.

¹⁸⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 302; Şahlanan, s. 160; Ekmekçi, s. 401.

¹⁸⁵ "Zorunlu değişiklikler", toplu iş sözleşmesinin teşmil edilen işyeri veya işyerlerinde uygulanmasını mümkün kılacak değişikliklerdir. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 988; Sur, s. 355; Tuğ, s. 208; Şahlanan, s. 161; Ekmekçi, s. 402. Zorunlu değişiklikler teşmil edilecek işyeri ile olmalıdır, işyerini ilgilendirmeyen ülke koşulları gibi nedenlerle değişiklik yapılmayacaktır. Reisoğlu, s. 164; Şahlanan, s. 161.

¹⁸⁶ Sur, s. 355; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 302; Subaşı (2013), s. 229.

¹⁸⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 302. Küçük ölçekli işyerleri, işverenlerin toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri yerine getirmede zorlanabilme ihtimali nedeniyle kapsam dışı bırakılabilir. Subaşı (2013), s. 229.

¹⁸⁸ Şahlanan, s. 160; Ekmekçi, s. 402.

¹⁸⁹ Tunçomağ/Centel, s. 390; Subaşı (2013), s. 226; Sur, s. 353; Sümer (2019), s. 647; Aktay, s. 298; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 567; Tuğ, s. 208. Toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan işçinin aldığı ücret ile toplu iş sözleşmesinin olmadığı bir işyerinde aynı işi yapan işçinin ücreti arasında ciddi bir fark olması halinde toplu iş sözleşmesinin olmadığı işyerinin teşmil kapsamına alınmasında kamu yararı bulunmaktadır. Şahlanan, s. 161 Aksi yöndeki görüş Tuncay/Savaş Kutsal, s. 302. Teşmil kararının gerekçesi, karar aleyhine

Teşmil edilecek hükümler toplu iş sözleşmesinin sadece normatif hükümleridir (m. 40/5). Normatif hükümlerin tamamı teşmil edilebileceği gibi sadece bir kısmı da teşmil edilebilir¹⁹⁰. Toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu hükümleri ile özel hakeme başvurma hakkındaki hükümleri teşmil edilemez¹⁹¹.

Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin taraflarca değiştirilmesi halinde, bu değişikliklerin teşmil edilen işyerleri açısından geçerli olması yeni bir teşmil kararı verilmesine bağlıdır. Diğer bir deyişle, toplu iş sözleşmesinde yapılan değişiklikler otomatik olarak herhangi bir karar alınmadan teşmil edilen işyerlerinde uygulanamayacaktır¹⁹².

iii. Yararlanma Süresi

Teşmil kararının başlangıcına ilişkin Kanun'da emredici bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, teşmil kararı en erken Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlüğe girebilir (m. 40/2). Bu nedenle teşmil kararının yürürlük tarihini geriye etkili olacak şekilde belirlemek mümkün değildir¹⁹³. Bu uygulama ile işverenin geçmiş dönem için borç altına sokulması engellenir¹⁹⁴. Geriye yürümeme uygulaması, aynı zamanda teşmilin idari bir tasarruf olmasının da sonucudur. Zira İdare Hukuku'nda "idari işlemlerin geriye yürümezliği" ilkesi benimsenmiştir¹⁹⁵. Teşmilin ne zaman yürürlüğe gireceğine ilişkin bir tarih belirtilmemişse, yayımlandığı tarihten itibaren yürürlüğe girdiği kabul edilir¹⁹⁶.

Teşmil bazı hallerde sona erebilir. Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi ile teşmil kararı ortadan kalkar. Cumhurbaşkanı bazı durumlarda gerekçesini açıklayarak teşmil kararını kaldırabilir (m. 40/3-4).

açılacak iptal davası için de önem taşır. **Reisoğlu**, s. 163. Kamu yararı ölçütüyle ilgili eleştiriler için **Baycık**, s. 45.

¹⁹⁰ **Subaşı** (2013), s. 230; **Sur**, s. 354; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 988.

¹⁹¹ **Subaşı** (2013), s. 230; **Tunçomağ/Centel**, s. 391; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 302-303; **Sümer** (2020), s. 266; **Sur**, s. 354; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 988; **Aktay**, s. 299.

¹⁹² **Reisoğlu**, s. 165; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 304; **Tuğ**, s. 212; **Reisoğlu**, s. 165.

¹⁹³ **Tunçomağ/Centel**, s. 391; **Sümer** (2019), s. 649; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 306; **Sur**, s. 354; **Kandemir** (2013), s. 206; **Aktay**, s. 289; **Tuğ**, s. 211.

¹⁹⁴ **Ekmekçi**, s. 403.

¹⁹⁵ **Subaşı** (2013), s. 222; **Narmanlioğlu**, s. 482; **Şahlanan**, s. 163.

¹⁹⁶ **Sümer** (2019), s. 650; **Ekmekçi**, s. 403.

Teşmil kararını kaldırma yetkisi Cumhurbaşkanı'ndadır. Toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler ve işveren anlaşarak teşmil kararını kaldıramaz¹⁹⁷.

Toplu iş sözleşmesinin art etkisi, m. 36/2'de düzenlenmiştir. Hükme göre, sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi olarak devam eder. Teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra normatif hükümlerin art etkisinin olup olmadığı konusunda Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hüküm, art etkinin söz konusu olması için “*toplular iş sözleşmesinin sona ermesini*” aramıştır. Bu nedenle teşmile konu toplu iş sözleşmesinin sona ermesi halinde de bu hükmün uygulanarak art etkinin kabul edilmesi uygun olur. Yani, teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin süresinin sona ermesi durumunda teşmil edilen toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işyerlerinde bu sözleşmenin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir¹⁹⁸. Bunun dışında teşmil kararının uygulanmasının sona ermesi, Cumhurbaşkanı'nın teşmil kararını gerekli gördüğünde yürürlükten kaldırması halinde de söz konusu olabilir. Ancak burada “toplular iş sözleşmesinin sona ermesi” söz konusu olmadığı için m. 36/2'nin uygulanması mümkün olmamalı ve art etkiden söz edilmemelidir¹⁹⁹. Öğretide benimsenen görüşün aksine Yargıtay, gerek toplu iş sözleşmesinin sona ermesi, gerekse teşmil kararının kaldırılması durumunda art etkiden söz edilemeyeceğini kabul etmiştir²⁰⁰.

Teşmil kararının uygulandığı işyerlerinde yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmışsa bu durumda da teşmil uygulaması kendiliğinden sona erer. Kanun koyucu tarafların iradesiyle yapacakları toplu iş sözleşmesini, teşmil yoluyla uygulanan toplu iş sözleşmesinden üstün tuttuğu için m. 40/7'de açıkça teşmil

¹⁹⁷ Aktay, s. 301.

¹⁹⁸ Subaşı (2013), s. 233; Tunçomağ/Centel, s. 392; Sümer (2020), s. 266; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 304; Sur, s. 356; Aktay, s. 301; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 569; Şahlanan, s. 164; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 304.

¹⁹⁹ Sümer (2019), s. 649; Subaşı (2013), s. 233; Tunçomağ/Centel, s. 392; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 304; Sur, s. 356; Aktay, s. 301-302; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 569; Şahlanan, s. 164; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 304.

²⁰⁰ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E:2001/3922, K:2001/7383, T:30.04.2001, Lexpera, s.e.t.26.03.2021.

yolu ile toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyeri veya işyerlerinde her zaman²⁰¹ yetki başvurusunda bulunulabileceğini düzenlenmiştir²⁰².

Son olarak, teşmil kararı ile yararlanmaya uygulamada çok sık rastlanmamaktadır²⁰³.

SONUÇ

6356 sayılı Kanun'a göre, toplu iş sözleşmesinden kural olarak, taraf işçi sendikası üyeleri yararlanır. Ancak toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sadece taraf işçi sendikasına üye işçilere uygulanabileceğinin kabulü, işçileri sendikaya girmeye zorlar ve sendikaya üye olup olmama özgürlüğüne zarar verir. Bu nedenle Kanun koyucu toplu iş sözleşmesinde yer alan normatif hükümlerin etki alanını genişleterek dayanışma aidatı ödeme, işçi sendikasının yazılı onayı ve teşmil kararı ile işyerindeki diğer işçilerin de taraf işçi sendikasına üye işçiler gibi toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkân vermiştir.

Dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçinin, üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla dayanışma aidatı ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dayanışma aidatı miktarının, üyelik aidatı ile bir tutulmamasının temelinde işçi sendikasına üye işçinin üyeliği nedeniyle ek menfaatler elde edeceği düşüncesi olabilir. Ancak sendika üyesi işçinin üyeliğine bağlı elde edeceği en önemli hak, toplu iş sözleşmesinden yararlanmadır. Bu nedenle dayanışma aidatının miktarının üyelik aidatını aşamayacak şekilde belirlenmesine ilişkin yapılan düzenleme yerindedir.

Anayasa Mahkemesi'nin m. 39/4 4. cümle hükmünü iptal eden kararın yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi verdiği karar ile taraf sendika üyesi işçiler ile üye olmayan işçileri eşitlemek bir yana,

²⁰¹ “Toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki 120 içinde yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir...”(m. 35/4). Ancak teşmil kararının uygulandığı işyerlerinde 120 gün süreye bakılmaksızın her zaman yetki başvurusu yapılabilir.

²⁰² **Akyiğit**, s. 540; **Sümer** (2020), s. 266.

²⁰³ Hukukumuzda son teşmil uygulaması 2009'da yapılmış (RG, 29.04.2009, 27214) ve kısa bir süre sonra kaldırılmıştır. **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat**, s. 989-990; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 300; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, s. 297. Türkiye'deki teşmilde sorunlar, öneriler için **Baycık**, s. 40 vd.; **Subaşı** (2013), s. 234 vd.

üye olmayan işçilerin yararlanmasını daha makul hale getirmiştir. Bu karar, işçi sendikalarına güç kaybettireceği gibi, işçilerin sendikaya üye olma özgürlüğünü de engelleyecektir. Bu gerekçelerle karara katılmak mümkün değildir.

Taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmalarına imkân tanıyan diğer durum, işçi sendikasının yazılı onay vermesidir. İşçi sendikasının dayanışma aidatı olarak toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı varken yazılı onay ile işçileri toplu iş sözleşmesinin kapsamına alması çok beklenmemektedir. Ancak sosyal sebeplere dayanarak işçi sendikası tarafından bu yönde bir onay verilebilir.

Taraf işçi sendikasına üye olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği son durum ise, toplu iş sözleşmesinin kişi ve yer bakımından uygulama alanını genişleten teşmil kararı verilmesidir. Teşmil kararı esas olarak aynı işkolunda ortaya çıkabilecek rekabetin önlenmesi, aynı işkolunda çalışan işçilerin çalışma koşulunda bir standartın sağlanması amacıyla verilir. Teşmil, hukukumuzda kabul edilen “toplular iş sözleşmesi özerkliği”nin bir istisnası niteliğindedir. Dolayısıyla teşmil kararı verilirken, çalışma barışının sağlanması ön planda tutulmalı ve kamu yararına aykırı olarak şekilde teşmil kararı vermekten kaçınılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aktay, A.Nizamettin** (2015) Toplu İş Hukuku, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Aktay, A.Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen-Kaplan, E.Tuncay** (2013) İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Akyiğit, Ercan** (2015) Toplu İş Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Başbuğ, Aydın** (2012) Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, 1. Baskı, Ankara, Şeker-İş.
- Başterzi, Süleyman** (2016) Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Baycık, Gaye** (2019) Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), “Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Teşmil Uygulaması ve Türkiye İçin Öneriler”, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-ankara/documents/publication/wcms_683778.pdf> s.e.t.09.03.2021.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2018) Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Bulun Tokkaş, Sevde** (2019) Toplu İş Hukukunda Yetki Tespiti, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Canbolat, Talat** (2013) Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, 1.Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2019) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Ekmekçi, Ömer** (2019) Toplu İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Esener, Turhan** (1964) İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, İstanbul, Sevinç Matbaası.
- Esener, Turhan** (1978) İş Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Esener, Turhan/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2017) Sendika Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Kandemir, Murat** (2002) “Toplu İş Sözleşmelerinin Teşmili”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:1, S:1, s. 625-652.
- Kandemir, Murat** (2013) “Toplu İş Sözleşmesinin Uygulanma Alanı”, Çalışma ve Toplum, C:4, S:39, s. 167-214.

- Keser, Hakan** (1994) “Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı”, Çimento İşveren Dergisi, C:8, S:5, s. 5-10.
- Kutal, Metin** (2012) “Toplu İş Hukukunda Yeni Bir Düzenleme (31.1.2012 Tarihli Kanun Tasarısı)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:25, Y:7, s. 159-177.
- Mimaroğlu, Sait Kemal** (1964) Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2016), İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Reisoğlu, Seza** (1986) 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara, Ayyıldız Matbaası.
- Subaşı, İbrahim** (2009) “Sendikalı Olmayan veya Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi’nden Yararlanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:14, Y:4, s. 172-207.
- Subaşı, İbrahim** (2013) “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Toplu İş Sözleşmesinin Teşmili”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S:4, Y:2013, s. 209-246.
- Sur, Melda** (2017) İş Hukuku Toplu İlişkiler, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Sümer, Haluk Hadi** (2019) İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Şahlanan, Fevzi** (1992) Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul, Acar Matbaacılık.
- Tuğ, Adnan** (1998) Toplu İş Sözleşmesi, Ankara, Minpa Matbaacılık.
- Tuncay, Aziz Can/Savaş Kutsal, Burcu** (2017) Toplu İş Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Beta Basım.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Basım.

MİLLETLERARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ YÖNLERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ'NİN 13/1-B MADDESİ BAĞLAMINDA COVID-19 PANDEMİSİNİN ÇOCUĞUN MUTAD MESKENİNE İADESİNE ETKİSİ*

Dr. Öğr. Üyesi Lâle AYHAN İZMİRLİ**

ÖZET

Hayatın her alanını etkileyen Covid-19, Milletlerarası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasını da kaçınılmaz olarak etkilemiştir. Çalışmanın temel amacı, pandeminin, Sözleşme'nin 13/1-b kapsamında iade taleplerinin değerlendirilmesine etkisini ve pandemi sürecinde bu değerlendirmede dikkate alınması gereken hususları tespit etmektir.

Bu doğrultuda çalışmada ilk olarak 1980 tarihli Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin amacı ve uygulama alanı, Covid-19'un sözleşmenin uygulanmasına etkisi ve Lahey Konferansı'nın pandemi sürecinde Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak hazırladığı kılavuz hakkında genel hatlarıyla bilgi verilecek, akabinde Sözleşme kapsamında çocuğun mutad meskeninin tespiti ve çocuğun mutad meskenine iadesinin reddini gerektiren sebeplerle ilgili genel bilgi verilecektir. Nihayetinde pandemi sürecinde iade talebinin reddine gerekçe olabilecek durumlar değerlendirilecektir.

Sözleşmede kapsamında iade talebinin reddini gerektiren hallerden birisi, Sözleşmenin 13/1-b maddesinde yer alan, mutad meskenine iadesi halinde çocuğun fiziki, psikolojik veya müsamaha edilemeyecek başka türden bir zarara uğraması riskinin bulunmasıdır. Çalışmada esasen ilgili madde bağlamında Covid-19'a bağlı olarak iade talebinin reddine neden olabilecek hususlar değerlendirilecektir. Bu bağlamda mahkemelerin pandemi sürecinde verdikleri kararlar incelenerek, Covid-19 ile bağlantılı olarak iadeden kaçınılmasını gerektirebilecek durumlar ele alınacaktır. Çalışma kapsamında incelediğimiz hususların çoğu, mahkemelerce verilen kararlarda değerlendirilmemiş olursa da, içinde bulunduğumuz süreçte çocuğun mutad meskenine iadesine ilişkin talepler değerlendirilirken milletlerarası seyahatin getirdiği riskler, çocuğun iade edileceği devletin sağlık sistemi, çocuğun iade edileceği ülkede birlikte kalacağı ebeveynin mesleği ve pandemi sürecindeki çalışma şartları, Covid-19'a bağlı olarak ortaya çıkabilecek psikolojik riskler ve başka türlü ortaya çıkan müsamaha edilemeyecek durumlar ve benzerlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Zira Sözleşmenin amacı çocuğun mutad meskenine iade olmakla birlikte, temel amaç çocuğun üstün menfaatinin korunması olduğundan, bu amacın gerçekleştirilmesi, ancak somut olaydaki tüm olguların değerlendirilmesiyle mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Koronavirüs, Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Çocuğun İadesi, Çocuğun Üstün Menfaati.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.945510 - Geliş Tarihi: 31.05.2021 - Kabul Tarihi: 02.07.2021.

** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, lale.ayhan@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8838-455X.

**THE EFFECT OF COVID-19 PANDEMIC ON THE RETURN OF THE CHILD IN THE
CONTEXT OF ARTICLE 13/1-B OF THE HAGUE CONVENTION ON THE CIVIL
ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION**

ABSTRACT

Covid-19 which is affecting every aspect of life, has inevitably effected the implementation of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. The main purpose of this study is to determine the effect of the pandemic on the assessment of the return requests within the scope of Article 13/1-b of the Convention and some issues that should be taken into consideration for the assessments during the pandemic.

In this direction, the study first gives general information about the purpose and scope of application of the 1980 Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction, the effects of Covid-19 on the implementation of the Convention, and the guide prepared by the Hague Conference on the implementation of Hague Conventions during the pandemic. Afterwards, general information will be given regarding the determination of the child's habitual residence and the reasons for the refusal of the child's return to his/her habitual residence. Finally, probable circumstances that may justify the rejection of the return requests during the pandemic will be evaluated.

Within the scope of the Convention, one of the situations that causes the rejection of the return requests is the risk of physical, psychological or other intolerable damage to the child in case of return to his/her habitual residence, which is stipulated in article 13/1-b of the Convention. In this study, issues that may cause the rejection of the return requests due to Covid-19 will be evaluated in the context of the relevant article. In this context, decisions made by the courts during the pandemic will be examined, and circumstances that may cause the rejection of the return request in connection with Covid-19 will be discussed. Although, most of the issues we examined in this study were not taken into consideration in the court decisions, the risks posed by international travel, health systems of the requested country and the requesting country, parents' professions and working conditions during the pandemic, psychological risks which may arise due to Covid-19 and other intolerable situations should be taken into consideration while evaluating the requests for the return of the child to his/her habitual residence. Although the purpose of the Convention is the return of the child to his/her habitual residence, realization of this purpose will only be possible by evaluating all the facts in the concrete cases since the main aim is to protect the best interests of the child.

Keywords: Covid-19, Coronavirus, Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Return of the Child, Best Interest of the Child.

GİRİŞ

2020 yılının başlarında tüm dünyayı etkisi altına Covid-19, pandemi öncesindeki gibi hayatımıza devam etmemizi engellemiş, ‘yeni normal’ olarak adlandırılan, sosyal mesafe başta olmak üzere birçok sınırlamaya tabi olarak büyük ölçüde izole hayatlar yaşamamıza neden olmuştur. Bu süreçte devletler, sokağa çıkma ve seyahat kısıtlamaları/yasakları, geleneksel yüzyüze eğitimin durdurulması, bazı işyerlerinin geçici süreyle kapatılması, ülkeye giriş-çıkışla ilgili sınırlamalar, mümkün olan meslek ve işlerde uzaktan çalışma gibi çeşitli önlemler almışlardır. Pandemi, hayatın her alanını derinden etkilemiş ve halihazırda bir buçuk aşkın bir süredir etkilemeye devam etmektedir. Bu durumun milletlerarası aile hukukunu etkilemesi de elbette kaçınılmazdır. Pandeminin milletlerarası aile hukukuna etkisinin önemli bir boyutu, milletlerarası çocuk kaçırmaların ve çocukların iadesine ilişkindir. Bu konuda özellikle 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi¹ (Sözleşme/Lahey Sözleşmesi) önem taşımaktadır².

Milletlerarası nitelikli çocuk kaçırma olayları, salt iç hukuku ilgilendiren kaçırma olaylarına nazaran çözülmesi daha zor durumlar ortaya çıkarmaktadır³. Çocuklarının yerlerinin kanuna aykırı olarak değiştirilmesi

¹ Türkiye sözleşmeye 1999 yılında taraf olmuştur. Bkz. 11.11.1999 tarih ve 23873 sayılı Resmi Gazete.

² Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc084/kanuntbmmc084/kanuntbmmc08404461.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000e0cfa3e32ac1c8b45f31bdf29e73f791d4e2bd401fbb2554303eb5eec94570e708a5a164e11430002e4dfbb8ef3803193aa007f63ca5eb72367ef39300ea3b0d1fb670f4e8978d1986f258626a7829d1efd3616ac24b86b5> s.e.t. 9.5.2021.

³ **Ataman-Figanmeşe, İnci** (1999) “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, Beta, s.55-56. Aynı yönde bkz. **Toker, Ali Gümrah** (2020) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni, Ankara, Adalet, s.24; **Altuntaş, İlknur** (2006) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Türk Mahkeme Kararları, Yargıtay İçtihatları ve Sözleşmeye Taraf Devlet Uygulamalarından Örnekler, Ankara, Bilge Yayınevi, s.5 vd.; **Akıncı, Ziya / Demir Gökyayla, Cemile** (2020) Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 199-203; **Giray,**

dünyanın her yerinde sıkça karşılaşılan bir durum olup, bu soruna yine her devletin kabul edebileceği bir çözümün geliştirilmesi gerekmiştir⁴. Bu noktada şu an için 101 devletin taraf olduğu⁵ Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi önemli bir misyon üstlenmiştir. Sözleşme, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önceki mutad meskenine iadesini öngörmektedir. Ancak Sözleşmede belirtilen ve iade engeli olarak kabul edilen belirli hususların varlığı halinde çocuğun iadesi talebi reddedilecek veya reddedilebilecektir. Çocuğun iadesine engel olan durumlardan birisi, madde 13/1-b’de yer alan, iade edilmesi halinde çocuğun psikolojik, fiziksel veya başka türlü müsamaha edilmeyecek zarara uğraması riskidir. 2020 yılının Mart ayından itibaren hayatımıza giren Koronavirüs, birçok ülkede Sözleşme kapsamında yapılan iade taleplerinin değerlendirilmesinde dikkate alınmaya başlanmıştır. Ancak devletlerin bu konuda tutarlı ve birbiriyle uyumlu kararlar verdiğini söyleyebilmek güçtür. Çalışmada Covid-19 ve buna bağlı risklerin m. 13/1 iade talebinin reddine temel olup olamayacağı sorusuna cevap aranmaktadır.

Çalışmada öncelikle Lahey Sözleşmesi, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’nın (*Hague Conference on Private International Law - HCCH*) Covid-19 döneminde Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak çıkardığı kılavuz, Sözleşme kapsamında çocuğun mutad meskeninin tespiti ve çocuğun mutad meskene iadesi talebinin reddini gerektiren sebepler hakkında kısaca genel bilgi verilecek, akabinde m. 13/1-b’de yer alan ‘ciddi risk’ kavramı değinilecektir. Nihayet son olarak Covid-19 sürecinin, çocuğun iadesine engel olup olmayacağına ilişkin somut olaylarda ortaya çıkabilecek bazı durumlar değerlendirilecektir.

Faruk Kerem (2010) Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi, İstanbul, Beta, s.9-11.

⁴ **Tanrıbilir, Feriha Bilge** (2011) Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara, Yetkin, s.120.

⁵ Sözleşmeye 2019 itibarıyla 101 devlet taraftır. Taraf ülkeler için bkz. <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>> s.e.t. 10.5.2021.

I. 1980 TARİHLİ ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ YÖNLERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİNİN AMACI VE UYGULAMA ALANI

1980 tarihli Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*Hague Conference on Private International Law - HCCH*) tarafından hazırlanmıştır⁶. Lahey Sözleşmesinin amacı, taraf ülkelerden birine hukuka aykırı olarak götürülen veya burada hukuka aykırı olarak alıkonulan çocukların derhal dönmelerinin sağlanması ve taraf ülkelerdeki koruma ve ziyaret haklarına,⁷ diğer taraf ülkelerde etkili

⁶ Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Hakkında bilgi için bkz. <www.hcch.net> s.e.t. 10.5.2021.

⁷ Sözleşmede koruma ve ziyaret hakkı kavramları tanımlanmamıştır. Bununla birlikte Sözleşmenin 5. maddesinde koruma hakkının çocuğun şahsının bakımı hakkını ve özellikle ikamet yerini tespit hakkını içerdiği, ziyaret hakkının ise çocuğun sınırlı bir süre için mutad meskeni dışında bir yere götürme hakkını içerdiği belirtilmektedir. Doktrinde koruma hakkının velayet hakkından farklı ve fakat velayet sorumluluğunu da kapsayan *sui generis* bir hak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Gelgel, Günseli** (2012) Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler, İstanbul, Beta, s.93. Benzer yönde bkz. **Toker**, s.42. Aynı şekilde Giray da koruma hakkının velayet hakkından farklı *sui generis* bir hak olduğunu kabul ederken, koruma hakkından bahsedebilmek için velayet sorumluluğunu üstlenmenin yeterli olmadığını, bu sorumluluğu üstlenen kişinin aynı zamanda çocuğun oturacağı yeri de belirleme yetkisine sahip olduğunu belirtmekte ve ayrıca velayet sorumluluğunun kapsamına çocuğun mallarının idaresi de girmektedir, Sözleşme bağlamındaki koruma hakkının malların idaresinden bağımsız olarak velayet sorumluluğuna özgülendiğini vurgulamaktadır. Bkz. **Giray**, s.14, 88-89. Benzer şekilde Bozdağ da söz konusu hakkın velayet hakkından daha geniş olduğunu, velayet hakkının içeriğinin her hukuk sisteminde farklı unsurlara sahip olabileceği dikkate alınarak, Sözleşmede bilinçli olarak ‘koruma hakkı’ kavramının kullanıldığını ifade etmektedir. Bkz. **Bozdağ, Gonca Gülfem** (2014) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Ankara, Yetkin, s.85-87. Nitekim Sözleşme velayete ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Sözleşmeye göre, velayet kararlarına nazaran sözleşmenin uygulanması öncelikli olup, çocuğun iadesine karar verilene kadar velayet kararı verilemez, velayete ilişkin açılan dava, iade kararı veya iade talebinin reddi kararına kadar bekletilir. Bkz. **Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır** (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Baskı, İstanbul, Beta, s.309; **Akncı, Ziya** (2011) “Milletlerarası Özel Hukukta Çocuk Kaçırma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2001/1, s.65. Sözleşme velayete ilişkin olarak verilecek kararların, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkede verilmesini amaçlamaktadır. Bkz. **Jorzik**, Das neue zivilrechtliche Kindesentführungsrecht, Schriften zum Deutschen und Europäischen Zivil, Handels und

biçimde uyulmasını sağlamaktır (m. 1). Sözleşmenin temel amacı, çocuğun hukuka aykırı şekilde yerinin değiştirilmesinin zararlı etkilerinden korunması olup,⁸ ayrıca statükonun iadesini, diğer ifadesiyle mevcut durumu korumayı da amaçlamaktadır⁹. Öte yandan Sözleşme, haksız olarak yeri değiştirilen çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesi yoluyla, çocuğu kaçıran kişinin, bu kaçırma olayını velayet davasında usuli bir avantaj sağlamak amacıyla kullanmasını, kendi mahkemelerinde lehine hüküm tesis ederek çocuğu alıkoymasını engellemeye ve kaçırmanın zararlı etkilerinden çocuğu korumaya çalışmaktadır¹⁰. Sözleşme kapsamındaki olaylarda ilgili kişiler genellikle anne veya babadır¹¹.

Sözleşmede ‘çocuk kaçırma’ tabirinin kullanılması nedeniyle ceza hukuku meselelerini ele alıyorduz izlenimi yaratsa da, aslında bir milletlerarası özel

Prozesrech Band 154,Bielefeld 1995, s.29’dan aktaran **Ataman-Figanmeşe**, s.60; **HCCH** (2020a) 1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice: Part IV Article 12(1)(b), <<https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>> s.e.t. 30.4.2021, s.22. Zira çocuğun menfaatinin en iyi ve objektif şekilde korunması çocuğun yaşadığı yerde açılacak bir davayla korunabilir. Bkz. **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.194. Böylece koruma hakkı ihlal edilen kişinin, çocuğun kaçırıldığı ülkede açılacak bir velayet davasında mağdur olmasını önlemek ve çocuğu kaçıran ebeveyninde bu durumdan haksız yere fayda sağlamasını engellemek amaçlanmıştır. Zira Sözleşme öncesinde dönemde milletlerarası uygulamada ‘çocuğun yüksek menfaati’ kavramına dayanılarak ve fakat kültürel, milliyetçi, medyatik yaklaşımlarla çocuğun yerini haksız olarak değiştiren kişi lehine kendi mahkemeleri tarafından velayet hakkı verilerek ödüllendirildiği belirtilmektedir. Bkz. **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.194.

⁸ Lahey Sözleşmesi giriş bölümü para.2.

⁹ **Pérez-Vera, Elisa** (1982) Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, <<https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>> s.e.t. 25.4.2021, s.430; **Giray**, s.23; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.196; **Bozdağ**, s.95; **Altuntaş**, s.27; **Sirmen, Kazım Sedat** (2021) “Covid 19 Salgın Sürecinin 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’ndeki ‘Ciddi Risk’ İstisnasının Uygulanmasına Etkisi”, Şenocak, Kemal (Editör), Covid-19 Küresel Salgınlarının Hukuktaki Yansımaları, Ankara, Yetkin Yayınları, s.670.

¹⁰ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.196; **Akıncı**, s.65; **Moskowitz, Galit** (2003) “The Hague Convention on International Child Abduction and The Grave Risk of Harm Exception”, Family Court Review, Vol: 41, Issue:4, s.580. Benzer yönde bkz. **Giray**, s.23; **Bozdağ**, s.94-96; **Sirmen**, s.670; **Pérez-Vera**, s. 429; **Toker**, s.40-41; **Altuntaş**, s.161.

¹¹ **Pérez-Vera**, s.429; **Sirmen**, s.670; **Altuntaş**, s.5.

hukuk sözleşmesidir¹². Sözleşme anlamında ‘çocuk kaçırma’ fiili çocuğun hukuka aykırı olarak bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye götürülmesi veya çocuğun hukuka aykırı olarak mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında alıkonulması olarak anlaşılmaktadır. Çocuğun yer değiştirmesinin veya geri dönmemesinin hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için, çocuğun yer değiştirme veya geri dönmekten önce mutad meskeninin bulunduğu devlet tarafından belirli bir kişi veya kuruma verilen koruma hakkı ihlal edilerek çocuğun yerinin değiştirilmesi veya koruma hakkı bu olaylar meydana gelme idi kullanılabilecek olması gerekir (m. 4).

Sözleşmenin uygulanmasında 16 yaşından küçükler çocuk olarak kabul edilmektedir (m. 4)¹³. Sözleşme, kaçırma veya alıkoymanın zararlı etkilerinden çocuğun korunması amacıyla çocuğu mutad meskenine iadesini öngörmektedir.

¹² **Çelikel/Erdem**, s.301; **Bozdağ**, s.36, 94; **Ataman-Figanmeşe**, s.59-60; **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe, İnci** (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, İstanbul, Beta, s.199. Benzer yönde bkz. **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.199; **Giray**, s.21-22; **Toker**, s.33-34; **Altuntaş**, s.26.

¹³ Bu konuda tartışma yaratan husus, çocuğun 16 yaşını doldurmasının gerekip gerekmediğidir. Doktrine göre 15 yaşını bitiren ve 16 yaşından gün alan çocuklar için Sözleşmenin uygulanmaması gerekir. Bkz. **Çelikel/Erdem**, s.303; **Ataman-Figanmeşe**, s.62; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.203; **Akıncı**, s.66; **Giray**, s.32-33; **Altuntaş**, s.96. Bununla birlikte, çocuğun kaçırıldığı sırada 16 yaşına basmamış olması ve fakat kaçırma veya alıkoymadan sonra iade süreci devam ederken 16 yaşına basmış olması ihtimalinde ise Sözleşme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bozdağ, çocuk 16 yaşını doldurduğu anda dosyanın hangi aşamada olduğuna bakılmaksızın Sözleşme'nin uygulama alanından çıktığını belirtmektedir. Bkz. **Bozdağ**, s.40, 42. Benzer yönde bkz. **Toker**, s.55; **Altuntaş**, s.90. Giray ise çocuğun menfaati açısından iade talebinden önce çocuğun 16 yaşından gün almamış olması halinde, iade sürecinin işletilmesi sırasında 16 yaşından gün almaya başlamış olsa da çocuğun menfaati gereği iade sürecine devam edileceğini belirtmektedir. Bkz. **Giray**, s.35. Konu hakkındaki görüşler için ayrıca bkz. **Ataman-Figanmeşe**, s.61-62. Yargıtay ise, inceleme tarihi itibarıyla 16 yaşını dolduran çocuğun Sözleşme kapsamından çıktığını belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2013/3160, K. 2013/5415, T: 4.3.2013, <www.legalbank.net> s.e.t. 28.5.2021.

İade talebinin kural olarak çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu tarihten itibaren 1 yıl içinde yapılması gerekir (m. 12/1)¹⁴. Bununla birlikte, çocuğun yeni çevresine uyum sağlamamış olması şartıyla 1 yıllık süre geçtikten sonra da iade talebi kabul edilebilir (m. 12/2). Buradaki bir yıllık süre hak düşürücü nitelikte olmamakla birlikte, iade talebinin değerlendirilmesinde önemli rol oynamaktadır¹⁵.

Sözleşme yalnızca ‘milletlerarası’ nitelikli çocuk kaçırılmalarda uygulanmaktadır. Çocuğun iadesinin talep edilebilmesi için hem çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu devletin hem de çocuğun iadesinin talep edildiği devletin, kaçırma veya alıkoymanın gerçekleştiği tarihte Sözleşmeye taraf olması gerekir. Taraf devletler, Sözleşmede öngörülen prosedürü yerine getirmek için merkezi makamlar belirlemişlerdir. Türkiye’nin Sözleşmenin uygulanması için belirlediği merkezi makam Adalet Bakanlığı’na bağlı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü’dür.

II. COVID-19’UN SÖZLEŞMENİN UYGULANMASINA ETKİSİ VE LAHEY KONFERANSI’NIN PANDEMİ DÖNEMİNDE SÖZLEŞMENİN UYGULANMASINA İLİŞKİN YAYINLADIĞI KILAVUZ

Covid-19 pandemisi birçok konuda olduğu gibi Sözleşmenin uygulanmasını da zorlaştırmıştır. Sınırların kapatılması, kamu sektöründeki çalışmaların yavaşlaması gibi durumlar devletlerarası işbirliğini yapılmasını da zorlaştırmış ve pandemi döneminde çocuklara ilişkin sözleşmelerin uygulanmasına ilişkin ciddi problemler ortaya çıkarmıştır¹⁶. Özellikle Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme kapsamında çocuğun iadesine

¹⁴ Sözleşmenin uygulanabilmesi için çocuğun kaçırılmasından itibaren bir yıl içinde başvurunun yetkili makama ulaşmış olması gerekir. Bir yıllık sürenin başlangıcı, çocuğun kaçırıldığı, başka bir ifadeyle çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden alınıp başka bir ülkeye götürüldüğü tarihtir. Çocuğun teslim edilmesinin gerekip de teslim edilmemesi suretiyle alıkonulması halinde ise çocuğun tesliminin gerektiği tarihten başladığı kabul edilmelidir. Bkz. **Ataman-Figanmeşe**, s.77; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.209; **Akıncı**, s.67; **Bozdağ**, s.42, 101; **Altuntaş**, s.91, 97.

¹⁵ **Akıncı**, s.67; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.209. Benzer yönde bkz. **Bozdağ**, s.100.

¹⁶ **Ekşi, Nuray** (2021) Covid-19 Sürecinde Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta, s.97.

ilişkin taleplerin yerine getirilmesini geciktirmiştir¹⁷. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, 2020 yılının Mayıs ayında Covid-19'un Konferans tarafından hazırlanan sözleşmelere etkisiyle ilgili genel bir kılavuz (*HCCH Covid-19 Toolkit*) yayınlanmış,¹⁸ akabinde aynı yılın Temmuz ayında Covid-19'un 1980 tarihli Sözleşmeye ilişkin özel bir kılavuz (*Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in Times of Covid-19*) daha yayınlanmıştır¹⁹.

1980 tarihli Sözleşmeye ilişkin kılavuzda, çocuğun Sözleşmenin merkezi olduğu hatırlatılarak, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin zamanında ve uygun şekilde yerine getirilmeye devam edilerek çocuğun mutad meskenine güvenli ve hızlı şekilde geri döndürülmesi; her bir olayın ayrı ayrı incelenmesi; m. 13/1-b'de yer alan istisna gibi iade talebinin reddine ilişkin sebeplerin, geri dönüşün çocuğa zarar verme ihtimaline ilişkin iddiaların dikkatlice incelenmesi; Covid-19'un özellikle ebeveyn ile çocuk arasında uzun süreli fiziksel bir ayrılık dönemi anlamına gelebilmesi nedeniyle ebeveyn ve çocuk arasında sürekli ve uygun temasın temin edilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁰.

Ayrıca çevrimiçi ve uzaktan arabuluculuk dahil olmak üzere arabuluculuk ve diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin teşvik edilmesi; elektronik dosyalama, sanal ve/veya hibrit duruşmaların yapılması da dahil mümkün olduğu ölçüde bilgi, elektronik ve iletişim teknolojilerinden yararlanılması; Sözleşmeye ilişkin davalarda video ve telekonferans ekipmanı, internet bağlantısına erişim gibi kaynaklara ve teknolojiye erişimde taraflar arasında eşitliğin temin edilmesi; Covid-19 ile ilgili hususlarda verilen mahkeme kararları ve iyi uygulamalar da dahil olmak üzere, bilgiye ulaşımın artırılması; Doğrudan veya Lahey Hâkimler ağı kanalıyla sınır ötesi yargı mensuplarıyla iletişim kurulması ve işbirliği yapılması gibi hususlar tavsiye edilmiştir²¹.

¹⁷ Ekşi, s.99.

¹⁸ HCCH (2020b) Covid-19 Toolkit, <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=731>> s.e.t. 10.5.2021.

¹⁹ HCCH (2020c) Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in Times of Covid-19, <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=741>> s.e.t. 10.5.2021.

²⁰ HCCH (2020c), s.1.

²¹ HCCH (2020c), s.2.

HCCH'nin ilk yayınladığı genel kılavuzda da 1980 tarihli Sözleşme hakkında hükümler bulunmaktadır. Kılavuzda, iadenin istisnalarından olan m.13/1-b'deki ciddi risk istisnasının söz konusu olabileceği ve halihazırdaki pandemi durumunda, çocuğun iadesini engellemek için bu istisnanın her zamankinden daha fazla gündeme getirilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca uluslararası seyahatle ilgili kısıtlamaların, Sözleşme kapsamındaki iade emirlerinin yerine getirilmesini zorlaştırdığını ve fakat bu istisnai durumlarda bile çocuğun güvenli şekilde dönmesinin garanti edilmesinin önemli olduğu vurgulanmış ve usule yönelik bazı diğer hususlar belirtilmiştir²².

Pandemi dönemine yönelik olarak yayınlanan bu iki kılavuz dışında Konferans tarafından yayınlanan İyi Uygulama Kılavuzu'nda da, iade halinde çocuğun sağlığını tehdit eden risklerin iadenin reddine sebep olabileceği belirtilmiştir²³. Kılavuzda, bu değerlendirme yapılırken, her iki ülkedeki sağlık hizmetlerinin karşılaştırmasının yapılmaması gerektiğini, mutad mesken ülkesinde sağlık hizmetlerinin varlığının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir²⁴. Kanaatimizce, vakıaların çokluğu ve yayılımın hızı nedeniyle birçok ülkede sağlık hizmetlerinin tıkanma noktasına geldiği gözlemlenerek, bu dönemde iki ülkede sadece sağlık hizmetlerinin varlığı değil, sağlık hizmetlerine erişebilirlik ve ilgili ülkedeki sağlık sisteminin pandemi sürecindeki işleyişinin de göz önünde bulundurulması çocuğun menfaati açısından gereklidir.

III. SÖZLEŞME KAPSAMINDA ÇOCUĞUN MUTAD MESKENİNİN TESPİTİ

Sözleşme, çocuğun mutad meskeninin²⁵ bulunduğu ülkeye derhal iade edilmesiyle çocuğun yüksek menfaatinin en iyi şekilde sağlanacağı düşüncesine

²² HCCH (2020b), s.3-4.

²³ HCCH (2020a), s.42-43.

²⁴ HCCH (2020a), s.42.

²⁵ Sözleşmenin Türkçe tercümesinde 'mutad ikametgâh' kavramı kullanılmasına rağmen, İngilizce metninde geçen '*habitual residence*' kavramının asıl karşılığı Türkçe'de 'mutad mesken' olarak ifade edildiğinden, çalışmada da doktrinde benimsenen biçimiyle 'mutad mesken' ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir. Doktrinde de ifadenin Türkçe tercümesinde kavramın, 'mutad ikâmetgah' olarak kullanılmasının doğru olmadığı ifade

dayanmaktadır²⁶. Dolayısıyla Sözleşmenin uygulanmasındaki kilit kavram çocuğun mutad meskenidir. Zira çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilip değiştirilmediği veya haksız olarak alıkonulup konulmadığının belirlenebilmesi için öncelikle çocuğun mutad meskeninin neresi olduğu tespit edilmelidir²⁷. Mutad mesken kavramı, yerleşim yeri gibi genel kabul gören bir tanımının olmaması, hukuk sistemlerinde farklı anlamlara gelebilmesi, yerleşim yerinin çoğu zaman fiili durumu yansıtmaması gibi sebeplerle ortaya çıkmıştır²⁸. Mutad mesken kavramı, ikâmetgah kavramından daha geniş bir kavramdır²⁹. Tarafsız bir kavram olarak nitelenen³⁰ mutad mesken kavramının tanımı milli ve milletlerarası hukukta da yer almamaktadır³¹. Bununla birlikte, müşterek bir anlayışa varmayı mümkün kılan, milletlerarası bir kavram olarak görülmektedir³². Nitekim ilk kez Lahey Konferansı tarafından ortaya konulan

edilmektedir. Bkz. **Arslan, İlyas** (2014) Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul, On İki Levha, s.38-40; **Toker**, s.237.

²⁶ **Silberman, Linda** (1994a) “Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report”, Law and Contemporary Problems, Vol:57, No:3, s.267; **HCCH** (2020a), s.21; **Giray**, s.48; **Toker**, s. 37-38; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.193. Sözleşme kapsamında çocuğun yüksek menfaati hakkında ayrıca bkz. **Pérez-Vera**, s.429 vd.

²⁷ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.202; **Arslan**, s.27 dn.11, 129; **Toker**, s.239, 241; **Altuntaş**, s.90.

²⁸ **Gallegher, Erin** (2015) “A House Is Not (Necesseraly) A Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence”, N.Y.U. Journal of Internatinal Law&Politics, Vol:47, s.468; **Davis, Deann** (2006) “The Gittre Standart: Creating a Uniform Definition of Habitual Residence Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, Chicago Journal of International Law, Vol: 7, No. 1, s.322; **Arslan**, s.25; **Can, Hacı/Toker, Ali Gümrah** (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s.74; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.41; **Giray**, s.54-55; **Bozdağ**, s.79. Benzer yönde bkz. **Özkan**, s.29; **Çelikel/Erdem**, 188; **Toker**, s.132-135. Mutad mesken kavramının ortaya çıkışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan**, s.3 vd.

²⁹ **Arslan**, s.39, 45.

³⁰ **Toker**, s.132.

³¹ **Doğan, Vahit** (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Ankara, Savaş, s.216; **Can/Toker**, s.74; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.215; **Bozdağ**, s.78; **Arslan**, s.26; **Toker**, s.205; **Altuntaş**, s.93.

³² **Nomer, Ergin** (2017) Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta, s.121. Benzer şekilde Özkan da, farklı hukuk sistemlerinde farklı anlamlar kazanmasının bu kavrama milletlerarası bir boyut kazandırdığını ve kavramın ulusötesi bir kavram olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Özkan, Işıl** (2003) Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad

ve Lahey Sözleşmelerinin etkisiyle milli hukuklara giren mutad mesken kavramı,³³ yerleşim yeri ile vatandaşlık kavramlarının ortaya çıkardığı problemlerin önüne geçmek amacıyla ortaya konan ve bu iki kavramı uzlaştıran bir kavram olarak görülmektedir³⁴. Konvansiyonda mutad meskeni tanımlanmamıştır³⁵. Bu nedenle mahkemeler somut olaya göre değerlendirme yapmaktadır³⁶. Doktrin ve mahkeme uygulamalarında gelişen anlayışa göre mutad mesken, “kişinin hayat ilişkilerinin merkezini teşkil eden yer”³⁷ veya “kişinin yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi ilişkileri ile en sıkı şekilde bağlılık kurduğu yaşam merkezi olan yerdir”³⁸.

Mutad mesken, ikametgâh gibi hukuki bir kavram olmayıp, fiili bir durumu ifade etmektedir³⁹. Bununla birlikte fiili oturmanın geçici değil, hayat ilişkilerinin merkezi olmasını sağlayacak derecede süreklilik arz etmesi

Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara, Naturel, s.31-32. Aynı yönde Doğan da, kavramın iç hukukta kullanılmamasına rağmen, milletlerarası özel hukukta kullanıldığına vurgu yapmaktadır. Bkz. **Doğan**, 217. Gerçekten de kavram, son 30 yıldır Batı hukukları ve doktrinde kabul edilmesinin yanında, uluslararası sözleşmelerde de kabul edilen bir bağlama noktası olmuştur. Bkz. **Çelikel/Erdem**, s.188. Benzer şekilde Arslan da mutad meskenin milli hukuklardan bağımsız bir kavram olduğunu ve ikametgâh kavramı gibi hukukileştirilmesinden kaçınılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Arslan**, s. 26.

³³ **Arslan**, s.32.

³⁴ **Clarkson, C.M.V. / Hill, Jonathan** (2011) *The Conflict of Laws*, 4. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.329. Benzer yönde bkz. **Arslan**, s.26-27.

³⁵ Lahey Konferansı birçok sözleşmede bu kavramı kullanmasına rağmen, sözleşmelerde ‘mutad mesken’ kavramını tanımlamamıştır. Hukuk sistemlerindeki farklılıklardan ve katı teknik kurallardan kavramı bağımsızlaştırmak amacıyla kasıtlı olarak tanımlanmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Morris, J.H.C.** (2005) *The Conflict of Laws*, London, Sweet/Maxwell, s.21-22. Benzer yönde bkz. **Arslan**, s.7 vd.

³⁶ **Spector, Robert G. / Kucinski, Melissa A.** (2015) “International Family Law”, *Int’l. L.*, Vol: 49, s. 148; **Giray**, s.54.

³⁷ **Arslan**, s.47.

³⁸ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.215; **Altuntaş**, s.93.

³⁹ **Çelikel/Erdem**, s.307; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.215; **Bozdağ**, s.79; **Doğan**, s.216-217; **Can/Toker**, s.75; **Arslan**, s.45-46; **Toker**, s.65; **Altuntaş**, s.93, 154. Benzer yönde bkz. **Gelgel**, s.96; **Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer** (2016) *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Baskı, İstanbul, Vedat, s.55; **North, Peter / Fawcett, James / Carruthers, Janeen M.** (2008) *Private International Law*, 14.Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.185.

gerekir⁴⁰. O halde mutad mesken fiili bir bağlantıyı işaret etmek için kullanılmaktadır⁴¹. “Belirli bir yerde belirli bir süre yaşamak mutad meskenin oluşmasındaki en önemli belirleyici faktör”⁴² olarak görülmektedir. Bu noktadan hareketle mutad meskenin kişinin hayat ilişkilerinin merkezini oluşturan yer olduğu ifade edilmektedir⁴³. Bununla birlikte mutad meskenin oluşumu için kişinin sosyal olarak o yerle bütünleşmesi gereğinden hareketle kişinin geçici bir süre dahi olsa oturma niyetinin bulunması gerekmekte,⁴⁴ oturmanın niteliği önem taşımakta⁴⁵ ve mutad meskenin tesisi o yerde her zaman fiziksel olarak bulunmayı gerektirmemektedir⁴⁶.

Çocuğun mutad meskeni de çocuğun yaşam ilişkilerini sürdürdüğü, hayatının olduğu ülkedir⁴⁷. Bununla birlikte parmak hesabı yapılarak çocuğun

⁴⁰ North/Fawcett/Carruthers, s.187; Çelikel/Erdem, s.187-188; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 45; Arslan, s.47. Benzer yönde bkz. Doğan, s.216-217; Nomer, s.121-122; Tekinalp/Uyanık, s.55; Can/Toker, s.75; Özkan, s.29; Toker, s.212; Clarkson/Hill, s.333-335; Dicey/Morris/Collins (2017) The Conflict of Laws, Lord Collins of Mapesbury / Harris, Jonathan (Editors), Sweet/Maxwell, s.23.

⁴¹ Doğan, s.216; Can/Toker, s.75. Bu özelliği nedeniyle mutad meskenin, ikâmetgah gibi belirli unsurlarının bulunmadığı, mutad meskenin tesisi ve tespitinin nasıl ve hangi şartlara göre belirleneceğinin önem taşıdığı ve buna ilişkin ölçütlerin de olaydan olaya farklılık gösterebileceği belirtilmektedir. Bkz. Arslan, s.46.

⁴² Akıncı/Demir Gökyayla, s.215. Arslan ve Toker de aynı şekilde söz konusu oturmanın devamlılık arz etmesi gerektiğini, yani kişinin kayda değer bir süre söz konusu yerde fiilen oturması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Arslan, s.47-48, 55; Toker, s.212. Bununla birlikte bu sürenin ne kadar olacağı konusunda net bir tespit yapılamayacağı, somut olayın koşullarına göre sürenin, ilgili yeri kişinin hayat ilişkisinin merkezi olmaya yetecek kadar olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Arslan, s.55-57. Benzer yönde bkz. Toker, s.212

⁴³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.44; Nomer, s.121; Tekinalp/Uyanık, s.55; Can/Toker, s.75; Arslan, s.47.

⁴⁴ Toker, s.210-212. Oturma niyetinin varlığı için kişinin o yerde kalıcı ve sonsuza kadar kalacağını göstermesi gerekmekte, belirli bir süreliğine oturma niyeti bulunması veya oturmanın istikrar göstermesi hali de mutad meskeni tesis edebilmektedir. Zira oturmanın devamlılığı ile oturma niyeti arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır. Bkz. Arslan, s.61-66. Mutad meskenin tesisi için gereken belirli bir süre oturma unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Toker, s.209-213.

⁴⁵ Arslan, s.54.

⁴⁶ Arslan, s.50.

⁴⁷ Çelikel/Erdem, s.307.

gün olarak en fazla yaşadığı ülkenin mutad mesken olarak belirlenmesi doğru bir yöntem değildir⁴⁸. Mutad mesken belirlenirken, her somut olayın kendi özelliklerine göre değerlendirme yapılır⁴⁹. Bu tespit yapılırken çocuğun yaşı, olgunluğu, kendi mutad meskenini belirleme yeteneğine sahip olup olmadığı, hayat faaliyetlerini ağırlıklı olarak sürdürdüğü sosyal çevre, halihazırda yaşadığı çevreye uyum sağlayıp sağlamadığı, ülkenin sosyal ve ailevi yapısı, bağları ile yaşantısının gösterdiği farklılıklar, anne ve/veya babanın mevcut durumu, işi, anne ve/veya babanın niyeti gibi hususlar dikkate alınarak mutad mesken belirlenmelidir⁵⁰. Mutad meskenin tespitinde ebeveynlerden ziyade çocuğun kendisi dikkate alınacaktır⁵¹. Başka bir deyişle salt velayet hakkına sahip ebeveynin iradesi dikkate alınmayacağını söyleyebiliriz⁵². Bu noktada mutad meskenin tespitinde dikkate alınan faktörler doktrinde, ebeveynlere bağlı faktörler ve çocuğun adaptasyonuna bağlı faktörler olarak ayrılmaktadır⁵³. Bununla birlikte, mutad meskeni tespit edilecek olan kişinin çocuk olması

⁴⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.202-203, 48; Çelikel/Erdem, s.307-308; Arslan, s.130.

⁴⁹ Spector/Kucinski, s.148; Gelgel, s.97; Çelikel/Erdem, s.308; Arslan, s.130.

⁵⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.203, 48; Çelikel/Erdem, s. 308; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 215; Arslan, s.129-130; Altuntaş, s.158.

⁵¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.202, dn.178; Giray, s.86. Buna karşılık Toker, bu anlayışlardan tek birisine bağlı kalınması ile adil bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını belirterek, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Toker, s.295.

⁵² Aksi yöndeki görüş için bkz. Ataman-Figanmeşe, s.68.

⁵³ Atkinson, Jeff (2011) "The Meaning of 'Habitual Residence' Under the Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction and the Hague Convention on the Protection of Children", Oklahoma Law Review, Vol:63, s.654. Toker ise çocuğun mutad meskeninin belirlenmesinde benimsenen yaklaşımları; Ebeveynin iradesine dayanan, çocuk odaklı ve çocuğun yaşına göre benimsenen anlayışlar şeklinde ayırım yapmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Toker, s.242 vd. Sözleşme kapsamında mutad meskenin tespitine ilişkin yaklaşımlar hakkında ayrıca bkz. Ayhan İzmirli, Lâle (2019) "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme Kapsamında Bebeğin Mutad Meskeni", Gökalp Alıca, Süheyla Suzan / Basa, Necdet (Editörler) II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt I, Ankara, TBB, s.88-93; Giray, s.74-87; Bozdağ, s.81-83; Spector/Kucinski, s.148-151; Clarkson/Hill, s.335-338; Dicey/Morris/Collins, s.21-38; North/Fawcett/Carruthers, s.191-196. Çocuğun mutad meskenin tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Arslan, s.129-149.

sebebiyle çocuğun menfaati gözetilerek ve çocuk merkezli bir yaklaşımla çocuğun mutad meskeni tespit edilmelidir⁵⁴.

IV. ÇOCUĞUN MUTAD MESKENİNE İADESİ TALEBİNİN REDDİ SEBEPLERİ

Sözleşmeye göre çocuğun mutad meskenine iadesi asıl olmakla birlikte, çocuğun üstün menfaati gereği bazı durumlarda iade talebi reddedilebilecektir. İade talebinin reddine neden olabilecek hususlar Sözleşmenin 13. ve 20. maddelerinde belirtilmiştir. Bu noktada hâkimin iadeye engel olan hususlar konusunda takdir hakkı bulunmakta ve istisnai olarak iadeye engel olabilecek bu hallerde hâkimin iade talebini reddetme zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁵.

Buna göre göre, çocuğun bakımını üstlenen kişi veya kurumun, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmemesi veya yer değiştirme ya da alıkoymaya muvafakat etmiş olması veya daha sonra kabul etmiş olması halinde ya da geri dönmenin çocuğu fiziksel veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tespit etmesi halinde ilgili makam çocuğun iadesini emretmek zorunda değildir (m. 13/1). Yetkili makam, çocuğun geri dönmek istemediğini ve görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa eriştiğini gözlemlerse iade talebini reddedebilir (m. 13/2). İade talebinin reddine ilişkin bu şartların değerlendirilmesinde çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgiler, merkezi makam veya çocuğun mutad meskeni devletin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgiler göz önünde bulundurulacaktır (m. 13/3). Ayrıca çocuğun iade edileceği devletin insan haklarının korunması ve

⁵⁴ Arslan, s.147.

⁵⁵ Pérez-Vera, s.460; Akıncı/Demir Gökyayla, s.280; Giray, s.134; Moskowitz, s.585; Silberman, Linda (1994b) "Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis", Family Law Quarterly, Vol:28, No:1, Spring s.12. Sözleşme kapsamında iade talebinin reddi sebepleri hakkında ayrıca bkz. Pérez-Vera, s.432 vd.; Tekin, Esra (2019) "1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi'ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, C:77, S:2, s.41-72.

temel hürriyetlerine ilişkin ilkeleri izin vermiyorsa iade talebi reddedilebilecektir (m. 20). İade talebinin reddini gerektiren bu istisnalar uygulamada oldukça dar ve sınırlı yorumlanmaktadır⁵⁶.

Konferans tarafından hazırlanan İyi Uygulama Kılavuzunda iadesi halinde çocuğa veya ebeveyne yönelen aile içi şiddet, iadenin ekonomik veya gelişimsel açıdan dezavantaj yaratması, mutad meskeni devletindeki bazı durumlar, çocuğun sağlığını ilgilendiren riskler, kaçırılan ebeveynin çocukla birlikte çocuğun mutad meskenine dönemediği veya dönmeyi istemediği hallerde ebeveyninden ayrılması, kardeşlerinden ayrı düşecek olması gibi durumlar örnek kabilinden sayılmıştır⁵⁷. Elbette bu gibi durumlar doğrudan iade reddedilmemeli, riskin derecesi ve ağırlığı dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Konumuz açısından önem taşıyan hüküm, Covid-19 bağlamında ortaya çıkan veya çıkabilecek risklerin, Sözleşmenin 13/1-b hükmünde yer alan çocuğa fiziksel veya psikolojik zara riskine yahut başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek duruma maruz bırakması nedeniyle iade talebinin reddine temel olup olmayacağıdır. Sözleşmede ‘ciddi risk’ kavramı tanımlanmadığından, mahkemeler bu kavramı somut olaya göre yorumlamaktadır⁵⁸. Covid-19’a kadar bu hükmün değerlendirilmesinde taraf ülke mahkemeleri farklı kriterler kullanmakta ve bu istisnanın kullanılmasında çekimserlik göstermekte idi⁵⁹. Gerçekten de bu madde anlamında bir tehlike var olmamasına rağmen, çocuğun fiziksel veya psikolojik sağlığına yönelik bir tehlikeye maruz kalacağı bahanesine sığınarak çocuğun iade edilmemesine karar vermeye elverişli olduğundan, hükmün dar yorumlanması gerekmektedir⁶⁰. İade talebinin reddedilebilmesi için somut ve gerçekleşmesi muhtemel olan ciddi bir tehlikenin varlığı; bu tehlikenin, çocuğa fiziksel veya psikolojik olarak zarar

⁵⁶ Çelikel/Erdem, s.305. Benzer yönde bkz. Giray, s.136.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. HCCH (2020a), s.37-50.

⁵⁸ Moskowitz, s.587.

⁵⁹ Bozdağ, s.127.

⁶⁰ Ataman-Figanmeşe, s.89; HCCH (2020a), s.24; Altuntaş, s.113. Nitekim m. 13/1-b hükmü iade taleplerinin reddi için en fazla ileri sürülen madde olmasına rağmen, mahkemeler genellikle çoğunlukla bu maddeye dayanan itirazları reddetmektedir. Bkz. Silberman (1994b), s.33.

verme konusunda ciddi tehdit oluşturması; ve çocuğun iadesinin yaratacağı ciddi tehlikenin tahammül edilemez derecede olması gerekmektedir⁶¹. Örneğin çocuğun iade edileceği ülkede bir savaşın patlak vermiş olması gibi ancak gerçek ve ağır bir tehlikenin varlığı halinde⁶² veya aile içi şiddet veya istismara uğrama ihtimalinin bulunması⁶³, yahut kıtlık veya salgın hastalık hali gibi durumlar bu madde anlamında iadeye engel olabilir⁶⁴. Yargıtay kararlarında da, çocuğun geri verilmesi durumunda şiddet veya cinsel tacize maruz kalacağı konusunda ciddi bir tehlikenin bulunması ya da kıtlık, salgın hastalık, savaş hali gibi vahim hallerin bulunması durumunda iadeden kaçınılması gerektiği belirtilmektedir⁶⁵. Buna karşılık olası tehlike riskini ortaya çıkaran durum ile çocuğun zarar görme ihtimali arasında çok dolaylı veya zayıf bir bağlantı yeterli görülmemelidir⁶⁶. Örneğin çocuğun iade edileceği ülkenin bir bölümünde söz konusu olan güvenlik problemi, terör, savaş gibi tehlikelerin, çocuğun yaşadığı ortamı somut olarak etkileyeceği kanıtlanmadıkça, iade talebinin kabul edilmesi gerekecektir⁶⁷. İadeden kaçınılmasını gerektiren tehlike öylesine ağır olmalıdır ki, makul şekilde düşünebilen bir ebeveyn, kendisinden kaçırılan çocuğu iadesini talep etmeyecek olmalıdır⁶⁸.

İadenin çocuğa zarar vermemesi için mahkemeler bu konuyu duyarlılıkla ele aldığından, iadeye engel olmak isteyen taraf, gerçekte böyle bir tehlike bulunmasa da bu iddiada bulunabildiğinden, bu konudaki ispat yükü, iadeye engel olmak isteyen eşe yüklenmiştir⁶⁹. Bununla birlikte pandemi sürecindeki hızlı gelişmeler nedeniyle bazı durumlarda sunulan ispat araçlarının ciddi riski

⁶¹ Akıncı/Demir Gökyayla, s.289 vd. Aynı yönde bkz. Giray, s.134.

⁶² Ataman-Figanmeşe, s.89-90.

⁶³ Kucinski, s.40.

⁶⁴ Bozdağ, s.125.

⁶⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2004/10536, K. 2004/11797, T: 14.10.2004, <www.legalbank.net> s.e.t. 27.5.2021.

⁶⁶ Giray, s. 134-135.

⁶⁷ Akıncı/Demir Gökyayla, s.290. Benzer yönde bkz. Silberman (1994b), s.15; Giray, s.137.

⁶⁸ Ataman-Figanmeşe, s.90.

⁶⁹ Kucinski, Melissa A. (2020) "The Future of Litigating an International Child Abduction Case in the United States", Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol:33, s.41; Akıncı/Demir Gökyayla, s.296; Toker, s.62; Altuntaş, s.90, 113, 150 vd.

tespit etmede yetersiz kalması ihtimaline binaen, mahkemenin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerdeki gerçek ve güncel bilgileri re'sen araştırması gerektiği belirtilmektedir⁷⁰.

V. COVID-19 BAĞLAMINDA 'CİDDİ RİSK'

Covid-19 pandemisi farklı ülkelerdeki ebeveynler ve çocukların görüşmesi, riskli seyahatler ve uzun karantina süreçleri, ebeveynle görüşme süreçlerinde gecikmeler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik ve duygusal sonuçlar başta olmak üzere birçok problem ortaya çıkmıştır⁷¹. Covid-19'a bağlı olarak ortaya çıkan bazı durumların iade engeli olarak kabul edilip edilmeyeceğini tespit edebilmek için öncelikle 'ciddi risk' kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi çocuğun iadesi talebinin reddine temel olan durumlardan birisi, geri dönmenin çocuğu fiziksel veya psikolojik bir tehlikeye veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunun tespit edilmesidir (m. 13/1-b). Bu istisnanın uygulanabilmesi için fiziksel veya psikolojik tehlikenin varlığı yeterli olmamakta, bu tehlikenin ciddi olması ve çocuğu zarara uğratma ihtimalinin bulunması gerekmektedir. Maddenin uygulanabilmesi için ciddi risk 'ihtimali'nin bulunması ve gösterilen delillerin, çocuğun zarara uğrayabileceği yönünde ciddi bir şüphe uyandırması gerekmektedir⁷². Düzenlemenin istisnai bir hüküm olması nedeniyle bu istisnanın dar yorumlanması gerekmektedir⁷³.

⁷⁰ **Rusinova, Nadia** (2020) "Child Abduction in Times of Corona", <<https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/>> s.e.t. 4.5.2021, s.7; **Giray**, s. 137.

⁷¹ **Freeman, Claire/Ergler, Christina/Kearns, Robin/Smith, Melody** (2021) "Covid-19 in New Zealand and the Pasific: Implications for Children and Families", Children's Geographies, Vol:19, s. 2.

⁷² **Erdem, Bahadır** (2015) "Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları", MHB, C:35, S:2, s.162.

⁷³ Yargıtay da Sözleşmenin uygulanması bağlamında m. 13/b'de yer alan bu istisnanın dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 2. H.D., 14.10.2004 tarih ve E. 2004/10536 K. 2004/11797 sayılı karar, <www.legalbank.net> s.e.t. 27.5.2021. Nitekim Konferans tarafından m. 13/1-b'nin uygulanmasına ilişkin yayınlanan İyi Uygulamalar

Uygulamada mahkemelerin m.13/1-b istisnasını farklı yorumladıkları ve ciddi riskin tespitini farklı kriterlerle somutlaştırdıkları görülmektedir⁷⁴.

Madde 13/1-b’de belirtilen risk veya tehlike çocuğun iade edileceği yerin siyasi, coğrafi, fiziki şartlarından ortaya çıkabileceği gibi, koruma hakkına sahip olan kişinin olumsuz özellikleri nedeniyle de ortaya çıkabilir⁷⁵. Bunun yanında ciddi riskin doğrudan çocuğa yönelmesi gerekmekte, ebeveyne yönelen ciddi riskin varlığı da istisnai olarak bazı hallerde dikkate alınabilmektedir⁷⁶. Ancak her halükârda ciddi risk olabilmesi için normal ve sıradan bir riskin ötesinde olmalıdır⁷⁷. Bu bağlamda ‘ciddi risk’ kavramı hayali veya soyut olasılık olarak mevcut bir riske değil, somut ve beklenen bir tehlikeye işaret etmektedir⁷⁸. Başka bir deyişle riskin ‘gerçek’ ve ‘ciddi’ bir seviyeye ulaşabilecek kadar vahim olması gerekmektedir⁷⁹. Dolayısıyla ciddi riskin ispatının açık ve ikna edici şekilde yapılması gerekir⁸⁰. Ayrıca söz konusu risk ile baş etmenin ve önlem almanın mümkün olmaması gerekir⁸¹.

Sözleşmenin amacı çocuğun derhal mutad meskenine iadesini sağlamak olduğundan, soyut tehlike ihtimalinden ziyade, halihazırda mevcut bir tehlikenin varlığı esas alınmıştır⁸². Doktrinde, salgın hastalık halinin bu kapsamda iadenin reddine neden olabileceği belirtilmekte⁸³ ve bu bağlamda Covid-19’un da ciddi risk olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁸⁴. Madde 13/1-b’nin ifadesinin, çocuğun iade edilmesinden sonraki şartların ciddi bir riske maruz bırakıp bırakmamasına odaklanması bakımından, ileriye dönük

Kılavuzu’nda da istisnaların sınırlı şekilde uygulanması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bkz. HCCH (2020a), s.24.

⁷⁴ **Bozdağ**, s.115.; **Giray**, s.139-140.

⁷⁵ **Giray**, s.135.

⁷⁶ **Sirmen**, s.675; **HCCH** (2020a), s.26.

⁷⁷ **Giray**, s.140-141. Benzer yönde bkz. **HCCH** (2020a), s.26.

⁷⁸ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.289; **Bozdağ**, s.124; **Giray**, s.134-135.

⁷⁹ **Sirmen**, s.675.

⁸⁰ **Silberman** (1994b), s.15, **Bozdağ**, s.124; **Giray**, s.135.

⁸¹ **Schuz, Rhona** (2013) *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, s.273; **Spector/Rusinova**, s.152; **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.290.

⁸² **Giray**, s.135.

⁸³ **Bozdağ**, s.125.

⁸⁴ **Rusinova**, s.1.

bir değerlendirme yapılmasını gerektirir⁸⁵. Doktrinde, bu gibi hallerde, çocuğun iade edileceği koruma hakkı sahibinin alabileceği önlemler, söz konusu riskleri bertaraf etmeye yönelik sahip olduğu imkanlar gibi hususların da araştırılması ve iade talebinde dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir⁸⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, pandemiye ait veriler her an değişmekte ve bu durum mahkemelerin kesin karar vermesini zorlaştırmaktadır⁸⁷. Dolayısıyla mahkemenin iadeye karar vermeden önce, iadenin yapılacağı ülkede yeterli güvence ve somut önlemlerin mevcut olduğu konusunda da ikna olması gerekir⁸⁸.

Avustralya mahkemesi önüne gelen bir olayda mutad meskenleri Kolombiya’da olan ve anneleri tarafından Avustralya’ya götürülen 3, 8 ve 11 yaşlarındaki çocukların iadesi talebinde bulunulmuştur⁸⁹. İade talebinin reddedilmesi üzerine üst derece mahkemesine gidilmiştir. Üst derece mahkemesi, çocukların iadesine karar verilmesi durumunda, bu kararın m. 13/1-b anlamında ciddi risk yaratıp yaratmayacağını değerlendirmiş, başvurunun yapıldığı 2019 yılından sonra Covid-19 sebebiyle şartların değiştiğini, bu değişiklik nedeniyle ciddi risk istisnasının değerlendirilmesi gerektiğini ve tarafların bu konudaki kanıtlarını ortaya koymaları gerektiğini belirterek dosyanın alt derece mahkemesine geri gönderilmesine karar vermiştir⁹⁰.

Covid-19 Sözleşmede yer alan ‘ciddi tehlike’ istisnasına yeni ve bambaşka bir anlam getirmiştir. Covid-19’un etkileri düşünüldüğünde, virüsün ölümcül nitelikte olması, ölümcül etki göstermese dahi hastalığın birçok kişide çok ağır seyretmesi, çocuklarda da bu sonuçların ortaya çıkma ihtimali, uzun vadeli etkilerinin tümünün henüz bilinmemesi ve her geçen gün yeni etkilerinin keşfedilmesi, ayrıca çocuklarda ve yetişkinlerde başka hastalıklara yol açması ve

⁸⁵ **Rusinova**, s.5. Benzer yönde bkz. **HCCH** (2020a), s.27; **Sirmen**, s.675.

⁸⁶ Bkz. **Giray**, s.137.

⁸⁷ **Akduman, Ebru** (2020)“Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı”, MHB, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, C:40, S:2, s.1390.

⁸⁸ **Rusinova**, s.5; **Giray**, s.137.

⁸⁹ **Comar v. Comar** (2020) FamCAFC 99, <<https://www.incadat.com/en/case/1455>> s.e.t. 22.5.2021.

⁹⁰ **Comar v. Comar**, s.13.

kalıcı hasar bırakabilmesi, hava yoluyla dahi bulaşması, alınan tüm tedbirlere rağmen önlenemez şekilde yayılması, aşılamanın yetersiz olması, aşılama yapılsa dahi sürekli mutasyona uğraması nedeniyle üretilen çözümlerin etkinliğinin azalması veya ortadan kalkması gibi durumlar bir bütün olarak dikkate alındığında salgının ciddi bir tehlike arz edebileceği aşikardır.

VI. COVID-19'UN SÖZLEŞMENİN 13/1-b MADDESİ ANLAMINDA İADE ENGELİ OLUP OLAMAYACAĞI MESELESİ

Çocuğun iadesiyle ilgili Covid-19 bağlamındaki riskler farklı başlıklar altında ele alınabilir. Pandeminin hayatın her alanını etkilediği düşünüldüğünde, ortaya çıkabilecek tüm olasılıkları bu çalışmada değerlendirmek elbette mümkün olmayacaktır. Bu nedenle somut olaylarda ortaya çıkabilecek durumların başlıcaları değerlendirilecektir. Covid-19'a bağlı olarak iade taleplerinde incelenmesi gerekebilecek başlıca hususlar arasında çocuğun iadesi halinde milletlerarası seyahatin ortaya çıkarabileceği riskler; çocuğun iade edileceği devletin sağlık sisteminin, bulunduğu ülkeye kıyasla daha olumsuz şartlar taşıması; çocuğun iade edileceği ülkede birlikte kalacağı ebeveynin mesleği nedeniyle çocuk açısından Covid-19 riskinin artması şeklinde ortaya çıkabilecek olan fiziksel riskler; Covid-19'un yarattığı olağanüstü dönemde, iade halinde, çocuğun psikolojik yönden zarar görmesi riski ve diğer şekillerde ortaya çıkabilecek olan Sözleşme anlamında müsamaha edilemez durumlar akla gelmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Sözleşmenin 13/1-b hükmünün uygulanabilmesi için çocuğun iadesinin fiziksel, psikolojik veya başka şekilde müsamaha edilemeyecek zarar riski doğurması gerekmektedir. Çalışmada inceleyeceğimiz hususlardan milletlerarası seyahatin getirdiği riskler, çocuğun iade edileceği devletin sağlık sistemi ve iade edileceği devlette birlikte kalacağı ebeveynin mesleği ve çalışma şartları fiziksel risk kapsamında değerlendirilmesine rağmen önemine binaen ayrı başlıklar altında incelenmiş, ayrıca Covid-19'a bağlı psikolojik riskler ele alınmış ve son olarak Covid-19'a bağlı olarak somut olayda dikkate alınabilecek diğer hususlar ise 'başka türden müsamaha edilemeyecek durumlar' başlığı altında ele alınmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, uygulamada da fiziksel, psikolojik risk ve müsamaha edilemeyecek durumun iç içe geçtiği

görülmektedir⁹¹. Bu nedenle çalışma planının somut olayda ortaya çıkabilecek ve Covid-19 sürecinde dikkate alınması gereken durumlar ön planda tutularak düzenlendiğini belirtmemiz gerekmektedir.

İncelediğimiz kararlardan bazılarında belirttiğimiz hususlardan yalnızca milletlerarası seyahatin getirdiği riskler dikkate alınmıştır. Oysa kanaatimizce mahkemeler, içinde bulunduğumuz pandemi sürecinde iade taleplerini karara bağlarken bu hususların tümünü gözetmelidir. Çalışmanın devamında incelenen hususlar, Sözleşme m. 13/1-b'deki istisnaya dayanarak iade talebinin reddine neden olabilecek ve Covid-19 ile ilgili olarak içinden geçtiğimiz süreçte somut olarak en fazla karşılaşılan durumlardan ibarettir. Elbette iade taleplerinin değerlendirilmesinde hem aşağıda belirtilmiş olan durumların somut olaya yansması, hem de bunlar dışındaki hususların değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca unutulmamalıdır ki Sözleşmenin temel noktası çocuğun üstün menfaatinin korunması olduğundan, söz konusu istisna bu amaç doğrultusunda değerlendirilmelidir⁹². Bu bağlamda değerlendirme yapılırken her şey önce çocuğun üstün yararı dikkate alınmalı ve çocuğun üstün yararı neyi gerektiriyorsa buna göre karar verilmelidir⁹³.

İncelemede yeri geldikçe konuyla ilgili ulaşabildiğimiz, farklı ülke mahkemelerinden verilen güncel kararlara da değinilmiştir. Kararların önemli kısmında Covid-19'a neredeyse hiç değinilmemiş,⁹⁴ Covid-19'a değinen kararlar ise, durumu yalnızca milletlerarası seyahatin ortaya çıkarabileceği riskler bağlamında değerlendirmiştir. Kanaatimizce hayatın her alanını etkileyen böylesi olağanüstü bir durumun m.13/1-b kapsamında daha detaylı

⁹¹ Benzer yönde bkz. HCCH (2020a), s.25-26; Rusinova, s 4; Bozdağ, s.115.

⁹² Giray, s.134.

⁹³ Erdem, s.166, 170; Giray, s.24-25.

⁹⁴ Pandeminin henüz başlangıcı olarak görülebilecek dönemde ve dünyada yayılımın en hızlı olduğu dönemde Covid-19 riskini dikkate almayan karar bulunmaktadır. Örneğin İngiltere mahkemeleri önüne gelen bir olayda mahkeme pandemiyle ilgili herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Olayda, mutad meskeni Avustralya olan ve annesi tarafından İngiltere'ye getirilen 4 yaşındaki çocuğun iadesi talep edilmiştir. Duruşma Skype platformu üzerinden yapılmıştır. Kararda Covid-19 ile ilgili herhangi bir konuya değinilmemiş ve çocuğun iadesine karar verilmiştir. Bkz. **M. v. G.** (2020) EWHC 1450 (Fam), <<https://www.incadat.com/en/case/1461>> s.e.t. 22.5.2021.

şekilde incelenmesi gerekmekte ve mahkemelerin yalnızca milletlerarası seyahate ilişkin riskleri değil, pandemi sürecinde çocuğun iade edileceği devletteki koşulların (ebeveynin mesleği, iade edileceği devletin sağlık sistemi vb.) gözetmesi gerekmektedir. Zira Covid-19 riski birçok insanda geri dönüşü mümkün olmayan, telafi edilemez izler bırakmaktadır. Açıklayıcı raporda da belirtildiği üzere çocuğun yüksek menfaati dikkate alınarak Sözleşmede m.13/1-b hükmüne yer verilmiştir⁹⁵. Bu nedenle söz konusu hususların mahkemelerce değerlendirme yapılırken gözetilmesi kanaatimizce elzemdir ve çocuğun yüksek menfaatinin gerçekleştirilmesi için gereklidir.

A. MİLLETLERARASI SEYAHATİN GETİRDİĞİ RİSKLER

Sözleşme kapsamındaki iade taleplerinde, Covid-19'a bağlı iade talebinin reddini gerektirebilecek risklerden ilki, çocuğun iadesinin çocuğun havaalanı, terminal, uluslararası hava taşıma aracı gibi yerlerde uzun saatler geçirmesi, birden fazla ulaşım aracı kullanması ve fazla sayıda kişiyle temasta bulunmasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek risklerdir. Bu bağlamda Covid-19 kapsamında çocuğun uluslararası seyahatinin fiziksel bir risk olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği önem taşımaktadır⁹⁶. Zira kapalı ortamlarda ve yakın mesafede toplu halde bulunmanın virüsün yayılımını artırdığı bilinmekte ve bu bağlamda ülkeler arası seyahat risk taşımaktadır⁹⁷. Çocuğun herhangi bir kronik hastalığı bulunmamasına rağmen iade halinde yapacağı yolculuğun Covid-19'a yakalanması riskini getireceği açıktır⁹⁸. Bununla birlikte bu riskin derecesi de gözetilmelidir. Konuyla ilgili mahkeme kararlarında, pandemi sürecinde Sözleşme kapsamındaki iade taleplerine ilişkin olarak sadece milletlerarası seyahati riskleri üzerinde durulduğu görülmüştür. Söz konusu

⁹⁵ Pérez-Vera, s.433.

⁹⁶ Canbeldek, Akın (2020) "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kapsamında Covid-19 Pandemi Sürecine İlişkin Genel Bir Değerlendirme", Lexpera Blog, <<https://blog.lexpera.com.tr/author/ozlem-canbeldek/>> s.e.t. 15.4.2021.

⁹⁷ Nitekim bu süreçte Türkiye ve birçok ülkede milletlerarası ve ülke içi uçuşların durdurması/sınırlaması, ülke içi şehirlerarası seyahatlerin bile dönem dönem acil durumlar dışında durdurulması veya kısıtlanması seyahat sebebiyle ortaya çıkabilecek yayılımı azaltmak amacıyla alınan tedbirlerin başında gelmektedir.

⁹⁸ Rusinova, s.4.

kararlarda pandeminin tüm ülkelerde etkin olması ve ne kadar süreceğinin bilinmemesi nedeniyle m. 13/1-b anlamındaki istisnanın uygulanması için gerekli şartların oluşmadığından bahisle genellikle iadeye karar verilmiştir.

İngiltere mahkemesi önüne gelen bir olayda, mutad meskeni İspanya olan ve annesi tarafından İspanya'ya götürülen 8 yaşındaki çocuğun İngiltere'den İspanya'ya iadesi talep edilmiştir⁹⁹. Mahkeme iadeye karar vermiştir. Ancak kararda, pandemi sebebiyle milletlerarası seyahatlerin kısıtlanması açısından güvenli geri dönüşü organize etmenin zaman alacağını göz önünde bulundurulduğu ve tarafların bu konudaki önlemleri titizlikle alması gerektiği belirtilerek, makul olan en kısa sürede çocuğun geri dönmeye karar verilmiştir¹⁰⁰.

Kuzey İrlanda mahkemesi önüne gelen bir olayda ise, mutad meskeni Hollanda'da olan ve annesi tarafından İrlanda'ya götürülen 5 yaşındaki çocuğun iadesi talep edilmiştir¹⁰¹. Davalı, iadenin, çocuğu fiziksel, ruhsal ve müsamaha edilemez tehlike riskine maruz bırakacağını belirterek iade talebinin reddedilmesini istemiştir. Hâkim iadeye karar vermekle birlikte, iade öncesi ve sonrası için gerekli tedbirlerin alınmasına, uygun tedbirler alınmaya karar iadenin yerine getirilmeyeceğine karar vermiştir¹⁰².

Benzer şekilde Ontario (Kanada) mahkemesi önüne gelen bir başka olayda, mutad meskenleri ABD olan ve babaları tarafından Kanada'ya götürülen 2 çocuğun iadesi talep edilmiş,¹⁰³ mahkeme Covid-19 pandemisinin ve seyahat kısıtlamalarının ne kadar süreceğinin bilinmediğini vurgulayarak çocukların iadesine karar vermiştir¹⁰⁴.

Avustralya mahkemesi önüne gelen başka bir olayda ise, mutad meskenleri Yeni Zelanda olan ve anneleri tarafından Avustralya'ya götürülen 2

⁹⁹ **A.X. v. C.Y.** (2020) EWHC 1599 (Fam). Karar için bkz. <<https://www.incat.com/en/case/1462>> s.e.t. 20.5.2021.

¹⁰⁰ **A.X. v C.Y.**, s.16.

¹⁰¹ **Z.A. and B.Y. v. K.** (a minor) (2020) NIFam 9, <<https://www.incat.com/en/case/1479>> s.e.t. 20.5.2021.

¹⁰² **Z.A. and B.Y. v. K.** (a minor), s.18 vd.

¹⁰³ **Kirn v. Kirn**, 2020 ONSC 2159, <<https://www.incat.com/en/case/1457>> s.e.t. 22.5.2021.

¹⁰⁴ **Kirn v. Kirn**, s.3.

ve 3 yaşlarındaki iki çocuğun iadesi talep edilmiştir¹⁰⁵. Bu davada da iade talebi reddedilmiştir. Red kararında mahkeme seyahat kısıtlamalarına birkaç cümleyle değinmekle birlikte¹⁰⁶, aslında Covid-19'a bağlı olarak ortaya çıkabilecek diğer ihtimaller üzerinde durmamış, aile içi şiddet temelindeki sebeplerle iadenin çocuklar için m. 13/1-b anlamında risk oluşturacağı gerekçesiyle iade talebini reddetmiştir. Başka bir deyişle iade talebinin m. 13/1-b'ye dayanan nedenlerle reddini Covid-19 sebebiyle ortaya çıkan duruma dayandırmamıştır.

Görüldüğü gibi yukarıdaki kararlarda iade talebinin reddine ilişkin değerlendirmelerde, Covid-19 bağlamında ortaya çıkabilecek riskler konusunda ya hiçbir değerlendirmeye yer verilmemiş, ya da uygun tedbirlerin alınması gerektiği belirtilerek Covid-19'un iadeye engel olmayacağına karar verilmiştir. Buna karşılık kararlarda Covid-19'la ilgili başkaca bir hususa değinilmemiştir.

İngiltere mahkemelerinin verdiği başka iki kararda ise Covid-19 ile ilgili biraz daha detaylı bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Söz konusu kararların ilki, mutad meskeni İngiltere olan çocuğun, annesi tarafından Yunanistan'a götürülmesi nedeniyle çocuğun iadesi talebine ilişkindir¹⁰⁷. Anne, Covid-19'un madde 13/1-b anlamında ciddi risk teşkil ettiği gerekçesiyle iade talebinin reddini istemiştir. Duruşmalara anne, Yunanistan'dan Zoom platformu üzerinden katılmıştır. Mahkeme, değerlendirmenin yapıldığı zaman (İngiltere'ye kıyasen) Yunanistan'da virüsün yayılımı daha az olmasına rağmen, Covid-19'un gerekçe gösterilerek iadede kaçınılmasının Sözleşmeye aykırı olacağını belirterek talebi reddetmiştir. İngiliz mahkemesinin verdiği ikinci kararda ise 12 yaşındaki çocuğun, annesi tarafından İspanya'dan İngiltere'ye götürülmesi üzerine, babası tarafından mutad meskeni olan İspanya'ya iadesi

¹⁰⁵ **Walpole v. Secretary**, Department of Communities and Justice (2020) Fam CAFC 65, <<https://www.incat.com/en/case/1456>> s.e.t. 22.5.2021.

¹⁰⁶ **Walpole v. Secretary**, s.3.

¹⁰⁷ **I.N. v. D.K.**, N (a child) (2020) EWFC 35, <<https://www.incat.com/en/case/1463>> s.e.t. 23.5.2021.

talep edilmiştir¹⁰⁸. Ulaşabildiğimiz diğer mahkeme kararlarından farklı olarak bu davada Covid-19'un iade engeli olup olamayacağı hususunda daha detaylı bir değerlendirme yapılmıştır. Durumu değerlendiren mahkeme, değerlendirme anındaki koşulları dikkate alarak, İspanya'da pandeminin daha ilermiş olmasına rağmen bu iki ülkeden (İngiltere ve İspanya) birinin daha fazla veya daha az güvenli olduğuna dair bir bulguya sahip olmadığını, pandeminin her iki ülkede de ciddi bir olağanüstü durum yarattığını, pandemiye kontrol altına almak için önemli kısıtlamaların getirildiğini ve benzer önlemlerin alındığını belirtmiştir. Mahkeme, elindeki materyal ile ulaşılabilecek tek sonucun İngiltere'de kalsa da İspanya'ya dönse de çocuğun virüse yakalanabileceği konusunda ciddi bir riskin varlığı olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca uluslararası seyahat bakımından risk bulursa dahi, uçuşların sınırlı olarak devam ettiğini belirterek, bu süreçte uluslararası seyahatin olağandan daha büyük bir risk barındırdığını kabul etmekle birlikte, şayet risk daha büyük olsaydı uçuşların tamamen iptal edileceğini ve neticede bu durumun m. 13/1-b anlamında ciddi fiziksel risk olarak değerlendirilemeyeceğine hükmetmiş ve iadeye karar vermiştir¹⁰⁹. Söz konusu karar, 12 yaşında okul çağında olan ve mutad meskeni okulunun da bulunduğu yer olan çocuğun mutad meskenine iadesi açısından yerinde olsa da, mahkemenin pandemi sürecinde tüm olası sonuçları Kılavuzda açıklanan şekilde adım adım analiz ederek, çocuk için risk türlerini ayrı ayrı ve ilgili çocuk özelindeki durumlarla bağlantı kurarak değerlendirmekle yükümlü olduğu belirtilerek eleştirilmiştir¹¹⁰.

Konuyla ilgili mahkeme kararları içinde bir tanesi bu konuda farklı bir yaklaşım sergilemesi nedeniyle dikkat çekicidir. Kanada mahkemeleri önüne gelen olayda mutad meskenleri Njerya olan iki çocuğun anneleri tarafından Ontario'ya (Kanada) götürülmesi üzerine iadeleri talep edilmiştir¹¹¹. Mahkeme,

¹⁰⁸ **K.R. v. H.H.** (2020) EXHC 834 (Fam), <<https://www.incatat.com/en/case/1460>> s.e.t. 22.5.2021. Kararın m. 13/1-b anlamında iade engeli olarak değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. **Sirmen**, s.677 vd.

¹⁰⁹ **K.R. v. H.H.**, s.12-13.

¹¹⁰ **Rusinova**, s.5.

¹¹¹ **Onuoha v. Onuoha**, 2020 ONSC 1815, <<https://www.incatat.com/en/case/1458>> s.e.t. 23.5.2021.

tarafların sunduğu belgelerin kapsamlı olması sebebiyle detaylı incelemenin gerektiğini, Covid-19 sebebiyle birçok ülkenin seyahat ve ülkeye giriş çıkışla ilgili kısıtlamalar uyguladığını, birçok havaalanının kapatıldığını ve uçuşların durdurulduğunu, bunlara ek olarak yeni kısıtlamalar gelebileceğini belirtmiş ve durumun acil olarak görülmesi gereken meselelerden olmadığını belirterek davayı görmeyi ertelemiştir¹¹². Kararda, çocukların o sırada buldukları yerde (anneleri ile birlikte Kanada’da) kalmasının çocukların güvenliği ve sağlığını korunduğunu, böylesi bir pandemi ortamında ortaya çıkabilecek komplikasyonları düşünerek çocukları milletlerarası seyahat yapmanın riskine maruz bırakmayı çılgınlık olarak nitelemiş ve babanın, seyahat etmenin güvenli olduğu bir zamanda iade talebinde bulunmasını talep etmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹³.

Görüldüğü üzere konuyla ilgili kararların çoğunda Covid-19 bağlamında iade talebinin reddine ilişkin hususlara neredeyse hiç değinilmemiş veya oldukça yüzeysel şekilde sadece milletlerarası seyahatin ortaya çıkarabileceği riskler üzerinde durulmuştur. Oysa hayatlarımızdaki her bir detayı derinden etkileyen bu durumun, çok daha dikkatli ve –aşağıda inceleyeceğimiz konular da dahil olmak üzere- somut olayda ortaya çıkabilecek tüm hususlar gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

B. ÇOCUĞUN İADE EDİLECEĞİ DEVLETİN SAĞLIK SİSTEMİ

Covid-19 ile bağlantılı olarak m. 13/1-b anlamında, çocuğun iadesinden kaçınılmasını gerektiren ikinci husus, çocuğun iade edileceği ülkedeki durumun, çocuğun bulunduğu ülkeye kıyasla daha olumsuz durumları barındırması olabilir. Söz gelimi çocuğun kaçırıldığı/alıkonulduğu ülkenin sağlık sisteminin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye kıyasla daha elverişli şartlar taşıması veya çocuğun kaçırıldığı/alıkonulduğu ülkede salgının kontrol altına alınmış olması, aşılama kapsamına çocukların da alınması, sağlık hizmetlerine erişiminin daha kolay ve herkes için ulaşılabilir olması veya çocuğun ilgili ülkede geçerli bir sağlık güvencesinin bulunması gibi durumlar

¹¹² Onuoha v. Onuoha, s.2.

¹¹³ Onuoha v. Onuoha, s.2-3.

söz konusu olabilir. İyi Uygulama Kılavuzunda da çocuğun sağlığı ile ilgili risklerin, m. 13/1-b gereği iade talebinin reddine neden olabileceği belirtilmiştir¹¹⁴.

Konuyla ilgili olarak İsrail mahkemesi önüne gelen bir olayda, mutad meskeni ABD olarak tespit edilen 16 aylık bebeğin annesi tarafından İsrail’de alıkonulması üzerine baba, çocuğun ABD’ye iadesi talep etmiştir¹¹⁵. Anne çocuğun mutad meskeninin ABD olmadığına ilişkin iddiasının yanında, bebeğin ABD’ye gönderilmesi halinde iki temel sebepten ötürü m. 13/1-b anlamında ciddi tehlike riskinin ortaya çıkacağını belirterek iade talebinin reddini istemiştir. Annenin savunmasında ciddi tehlike riski olarak ileri sürdüğü durumlardan birisi, annenin ABD’ye dönüş şansı olmadığı için bebeğin annesinden ayrı kalmasının neden olacağı psikolojik hasar tehlikesi iken; diğeri Covid-19 pandemisi nedeniyle ortaya çıkan ve bebeğin sağlığını tehdit eden gerçek bir risktir.¹¹⁶ Bu bağlamda anne, hem küçüğün ABD’ye gönderilmesi halinde Covid-19 riskinin artacağına ilişkin, hem de ABD’nin davanın görüldüğü sırada Covid-19 hastalarının sayısı açısından dünyada ilk sırada bulunmasına ilişkin kanıtlar sunmuştur. Buna karşılık baba, pandeminin en şiddetli olduğu dönemde küçüklere ve bebeklere bulaşma durumunun nadir olarak görüldüğünü, ayrıca bebeğin İsrail’de sağlık güvencesi olmamasına rağmen, küçüğün ABD vatandaşı olduğunu ve ABD’de kapsamlı ve geniş çaplı sağlık sigortası bulunduğunu ve buna ek olarak istatistiklere göre bebeğin mutad meskeni olan Kaliforniya’da hastalığa yakalanma riskinin İsrail’e kıyasla daha düşük olduğunu belirtmiştir¹¹⁷. Mahkeme, m.13/1-b anlamında her iki

¹¹⁴ **HCCH** (2020a), 42. Aynı yönde bkz. **Giray**, s.150. Çocuğun fiziksel veya ruhsal sağlığı ile ilgili risklerin iade talebinin reddine gerekçe oluşturduğu bazı karar için bkz. **D.P. v. Commonwealth Central Authority**, (2001) HCA 39, (2001) 180 ALR 402, <<https://www.incadat.com/en/case/347>> s.e.t. 1.7.2021; **D.T. v. L.B.T.** (2010) EWHC 3177 (Fam.), <<https://www.incadat.com/en/case/1042>> s.e.t. 1.7.2021; **Ostevoll v. Ostevoll**, 2000 WL 1611123 (S.D. Ohio 2000), <<https://www.incadat.com/en/case/1145>> s.e.t. 30.6.2021; **Chalkley v. Chalkley**, (1995) ORFL (4th) 422, <<https://www.incadat.com/en/case/14>> s.e.t. 30.6.2021.

¹¹⁵ **The Father v. the Mother**, Family Case 52595-02-20, <<https://www.incadat.com/en/case/1465>> s.e.t. 23.5.2021.

¹¹⁶ **The Father v. the Mother**, s.15-17, 56.

¹¹⁷ **The Father v. the Mother**, s.15, 58.

ülkedeki durumunda risk oluşturduğunu, virüsün etkilerinin tüm dünyayı kapsadığını, her iki ülkede de aynı türden risklerin söz konusu olduğunu belirtmiştir¹¹⁸. Mahkeme, madde 13/1-b anlamında sağlık riski sebebiyle iadeden kaçınılmasına ilişkin değerlendirmelerde her iki ülkede göreceli olarak tedavinin kalitesine değil, ilgili tedavinin mevcudiyetine odaklanması gerektiğini, tedaviye acilen ihtiyaç duyulduğu veya duyulabileceği durumlarda mutad meskeninde mevcut ve ulaşılabilir olup olmadığının değerlendirmede dikkate alınacağını belirtmiştir¹¹⁹. Sonuç olarak mahkeme, her iki ülkede de salgının varlığı konusunda tartışma olmadığını, buna karşılık bebeğin İsrail’de sağlık sigortası bulunmaksızın kalmasının, vatandaşı olduğu ve sağlık sigortası bulunduğu ABD’ye dönmesinden daha riskli olduğunu ve annenin itirazları bağlamında m. 13/1-b’deki istisnanın kabul edilebilmesi için gereken şartların oluşmadığını belirterek bebeğin ABD’ye iadesine karar vermiştir¹²⁰. İlk derece mahkemesinin verdiği bu karar üzerine anne, kararı temyize götürmüştür. Üst mahkeme, virüs riskinin Kaliforniya’da, İsrail’dekinden daha şiddetli olduğunun kanıtlanamadığını ve küçüğün ABD’de kapsamlı bir sağlık sigortasına sahip olmasının özellikle bu dönemde ABD’ye dönüşünü destekleyen bir durum olduğunu belirterek kararı onamıştır¹²¹.

İsrail mahkemelerinin bu olaya ilişkin verdiği karar (neticede iadeye karar verilmiş olsa da) ulaşabildiğimiz kararlar içinde Covid-19’un geniş çaplı etkileriyle ilgili detaylı değerlendirme yapan tek karardır. Özellikle çocuğun bulunduğu ülkedeki sağlık sistemi ve sağlık hizmetlerine erişilebilirliği, olası bir tedavi ihtiyacında sağlık sigortasının bulunup bulunmadığı gibi konuların değerlendirilmesi açısından kanaatimizce örnek olması gereken bir karardır.

Bu karada olduğu gibi, Covid-19 sürecinde benzer olaylarda, somut olaydaki tüm şartların dikkate alınması ve ülkelerin sağlık sistemi ve bunların işleyişiyle ilgili ilgili tüm hususların değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle

¹¹⁸ **The Father v. the Mother**, s.57.

¹¹⁹ **The Father v. the Mother**, s.57. Benzer bir değerlendirme İyi Uygulama Kılavuzu’nda da yer almaktadır. Bkz. HCCH (2020a), s.42.

¹²⁰ **The Father v. the Mother**, s.59-61.

¹²¹ **R. v. B.R.**, Family Appeal 10701-04-20, <<https://www.incadat.com/en/case/1466>> s.e.t. 25.5.2021.

ülkelerde salgının ilerleyişi, ülkelerde alınan tedbirler ve bunların niteliği ile derecesinin değerlendirilmesi uygun olacaktır. Çocuğun iade edileceği ülkenin sağlık sistemindeki koşulların, çocuğun bulunduğu ülkeye kıyasla, açıkça çok daha kötü şartlar taşıması halinde -söz konusu olumsuzluklar pandemi dönemine münhasır olsa da- bu durumda çocuğun fiziksel sağlığı bakımından ciddi risk bulunduğu kabul edilmelidir.

C. ÇOCUĞUN İADE EDİLECEĞİ ÜLKEDE BİRLİKTE KALACAĞI EBEVEYNİN MESLEĞİ VE ÇALIŞMA ŞARTLARI

Pandemiye bağlı olarak m.13/1-b'e dayanan iddiaların değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek diğer bir husus, çocuğun iade edileceği ülkedeki ebeveynin mesleği, işi, çalıştığı ortam gibi sebeplerle çocuk üzerindeki Covid-19 riskinin artması olabilir. Söz gelimi çocuğun mutad meskeninde birlikte kalacağı ebeveynin sağlık çalışanı olması, bir sağlık kuruluşunda çalışması, koronavirüs hastalarıyla çok uzun süre bir arada olması gibi sebepler çocuğun iadesinin fiziksel sağlığını tehdit eden bir neden olarak değerlendirilebilir. Kanaatimizce burada sırf ebeveynin mesleği nedeniyle iade talebi reddedilmemeli, somut olaydaki diğer olgularla birlikte değerlendirilmelidir. Böyle bir durumda, örneğin çocuğun koronavirüs açısından yüksek risk grubuna dahil olmasına neden olacak kronik bir rahatsızlığının bulunması ya da ebeveynin günler süren yoğun çalışma temposu ve devamındaki izolasyon süreci nedeniyle pandemi sürecinde çocukla yeterli düzeyde ilgilenemeyecek olması, onunla fiziksel temastan kaçınmasını gerektirecek yüksek riskli bir pandemi hastanesinde çalışması gibi durumlar iadeden kaçınılmasını gerektirebilir.

D. COVID-19'A BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKAN DURUMUN YARATTIĞI PSİKOLOJİK RİSKLER

Önceki başlıklar belirtilen fiziksel riskler dışında, çocuğun iadesinin psikolojik risk yaratması da söz konusu olabilir. Psikolojik zarar riski, uygulamada kaçırılan ebeveyninden ayrılmasının çocuğun psikolojik olarak zarar görmesine yol açacağı iddiasıyla, çocuğun iadesine engel olmak için en sık ileri

sürülen iddialardan birisidir¹²². Psikolojik risk kavramı mahkemeler tarafından genellikle dar yorumlanmakta olup, bu red sebebini geniş yorumlayan mahkeme kararları eleştirilmiştir¹²³. Buna ilişkin mahkeme kararlarının çoğunda, psikolojik risk iddiası reddedilmektedir¹²⁴.

Fiziksel zarardan farklı olarak psikolojik zarar, gözle görülebilen izler bırakmayan, maddi olmayan, sübjektif ve soyut bir kavramdır¹²⁵. Hâkimin takdirine bağlı bir tehlike olduğundan, genellikle psikolog, psikiyatrist ve diğer uzmanların görüşünden yararlanarak iadenin çocukta kabul edilemez psikolojik zarar doğurma riski bulunup bulunmadığı tespit edilmektedir¹²⁶. Bu durumun iade engeli olarak kabul edilebilmesi için çocuğun psikolojisinin olağan kabul edilemeyecek ölçüde, travmatik derecede bozulması ihtimali bulunmalıdır¹²⁷.

Çocuk risk gruplarında yer almasa bile, geri dönüşünün Covid-19 riskine maruz bırakacağı açık olsa da, pandeminin psikolojik etkilerinin de dikkate alınması gerekir¹²⁸. Belirsizlik, yoğun bir özgürlük kaybı, belirsizliğe yönelik toleransın kaybedilmesi, sürecin yarattığı stres, kaygı ve korkuya ek olarak

¹²² Aynı yönde bkz. **Schuz**, s.274; **Toker**, s.98; **Altuntaş**, s.115. Doktrinde, iadeye karar verilmesi sebebiyle, çocuğu kaçırın veya alıkoyan ebeveynlerden ayrılacak olmasının, Sözleşme anlamında müsamaha edilemeyecek psikolojik zarar tehlikesi olarak değerlendirilemeyeceği, çocuğu kaçırın ebeveynin, bizzat kendisinin yarattığı hukuka aykırı durumdan istifade etmesinin kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.297. Kanaatimizce bu noktada başta çocuğun yaşı olmak üzere, somut olaydaki diğer hususların tümü dikkate alınarak yargıya varılması uygun olacaktır. Bu konuda farklı bir görüş için bkz. **Ayhan İzmirli**.

¹²³ **Giray**, s.145; **Ataman-Figanmeşe**, s.91.

¹²⁴ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.297.

¹²⁵ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.297. Benzer yönde bkz. **Bozdağ**, s.116.

¹²⁶ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s.297; **Bozdağ**, s.117. Benzer yönde bkz. **Schuz**, s.275; **Giray**, s.146.

¹²⁷ **Bozdağ**, s.117.

¹²⁸ **Rusinova**, s.4. Benzer yönde bkz. **Sirmen**, s.680-681. Bu noktada aslında çocuğun yaşına göre bir değerlendirme yapılması isabetli olacaktır. Zira psikolojik etkinin, pandemi sürecini az ya da çok anlayabilecek durumda olan çocuklar açısından söz konusu olabileceği söylenebilir. Başka bir deyişle çevresinde gelişen olayları idrak etme yeteneğine henüz sahip olmayan bir bebeğin pandemiden psikolojik olarak olumsuz etkilenmesi söz konusu olmayacak iken, yaşı daha büyük çocuklarda bu tür bir olumsuz etki söz konusu olabilecektir.

izolasyon sürecinin yarattığı stres, kaygı ve korku söz konusu olabilmektedir¹²⁹. Yetişkinlerde dahi psikolojik problemler yaratan bu durumun özellikle küçük çocuklarda kısa ve uzun vadede ciddi psikolojik rahatsızlıklar yaratması muhtemeldir. Zira çocuklar, yetişkinlere nispetle kendi gelişimsel, duygusal, ruhsal ve davranışsal ihtiyaçlarını bağımsız olarak karşılama konusunda yetersiz olduğundan, pandemi gibi travmatik olaylardan önemli ölçüde etkilenen grupların başında gelmektedir¹³⁰. Özellikle küçük yaştaki çocuklar sosyal mesafe kuralları, diğer katı kısıtlamalar, arkadaşları ve akrabalarıyla neden görüşemedikleri gibi konuları anlamamakta ve bu durum onları huzursuz etmektedir¹³¹. Çocuğun iadesi halinde Covid-19 bulaşması olasılığı sebebiyle fiziksel zararın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği mutlak olarak öngörülemezken, olası psikolojik zararın kaçınılmaz olarak ortaya çıkacağı ve çocuğun psikolojik bütünlüğünün riske gireceği belirtilmektedir¹³².

Covid-19'un tüm dünyada yayılımı dikkate alındığında, dünyanın herhangi bir yerindeki çocukların ve diğer kişilerin bu durumdan eşit şekilde etkilenebileceği söylenebilir. Pandeminin ilk aylarında böylesi bir tespit doğru kabul edilebilecek iken, bir yılı aşkın süredir ülkelerin pandemiyle mücadeleyi aynı şekilde yürütmediği dikkate alındığında, geldiğimiz noktada bu yaklaşımın doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Zira ülkelerin aşılama durumu ve önlemlerin kapsamına göre pandeminin seyri her ülkede farklı durumdadır. Bazı ülkelerde halen önlemler sıkı şekilde devam ederken, bazı ülkeler yavaş yavaş, pandemi öncesindeki normal düzene dönmeye başlamıştır. Örneğin bazı ülkelerde evden çalışanlar yine ofise gitmeye başlamış, okullarda yüz yüze eğitime geri dönülmüş, kişiler sosyal çevreleriyle tekrar görüşmeye başlamıştır. Böyle bir durumda örneğin çocuğun okula başlaması gibi bir durum psikolojik olarak

¹²⁹ **Akoğlu, Gözde / Karaaslan, Bedriye Tuğba** (2020) "Covid-19 ve İzolasyon Sürecinin Çocuklar Üzerindeki Olası Psikososyal Etkileri", İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, C:5, S:2, s.99. Pandeminin çocuklar üzerindeki etkileri hakkında ayrıca bkz. **UNICEF** (2020) COVID-19 Salgının Çocuklar Üzerindeki Etkileri, 15 Nisan 2020, <<https://www.unicef.org/turkey/media/9881/file/COVID19%20Döneminin%20Çocuklar%20Üzerindeki%20Etkilerine%20İlişkin%20Politika%20Notu.pdf>> s.e.t. 25.4.2020.

¹³⁰ **Akoğlu/Karaaslan**, s.100.

¹³¹ **Freeman/Ergler/Kearns/Smith**, s.4, 6.

¹³² **Rusinova**, s.4.

çocuğa iyi gelebilecektir. Tersî durumunda ise, örneğîn bir yıldır evden çıkmamış, kimseyle görüşmemiş, okula da gidemeyen bir çocuğün psikolojik olarak bu durumdan etkilenmemesi mümkün değildir. Bu nedenle mahkemeler, pandeminin psikolojik etkilerini dikkate alarak çocuğün iade edileceğî ülkedeki tedbirler, çevrimiçi eğitim imkânlarının genişliğı, çocuğün koronavirüs hastalarında uzak bulunmasının sağlanması, sosyal izolasyonunun çocuğün zihinsel sağlığına etkisi gibi hususları da iade taleplerinde incelenmelidir¹³³.

Benzer şekilde örneğîn özellikle küçük yaşta bakıma muhtaç çocuğün olanlar, pandemi öncesinde çocuk bakımı veya ev işleri konusunda aile bireyleri veya yardımcı, bakıcı gibi kişilerden destek alırken, pandemi ile birlikte bu desteğî alamaz olmuştur. Bu halde birçok aile kendi kendine yetmeye çalışmakta, hem ev işleri hem çocuk bakımı, hem de evden uzaktan çalışma yoluyla mesleğini yapmaya çabalamaktadır. Bu durumda haliyle zaman ve insan enerjisi hepsine yetememekte, ebeveynler çocuklara daha tahammülsüz olabilmekte veya böyle olmasa bile çocuklara ayıracak zaman bulamamaktadır¹³⁴. Bu gibi durumların çocuğün ruh sağlığı üzerinde iz bırakması muhtemeldir. Bu noktada mahkemelerin, belirttiğîmiz türden hususları değerlendirmelerine dahil etmeleri uygun olacaktır. Zira Covid-19'un toplumda önemli derecede korku ve endişe uyandırdığı düşünöldüğünde, iadeye karar verilmesi halinde (özellikle bulaş riskini artıran bir durumda) çocuğün fiziksel zarara uğraması dışında, psikolojik zarara da uğrama ihtimali söz konusudur¹³⁵.

E. BAŞKA TÜRLÜ MÜSAMAHA EDİLMEMEYECEK DURUM

13/1-b hükmünde, sadece fiziksel veya psikolojik zarar riski halinde değil, çocuğün iadesinin, çocuğün başka şekillerde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşürecek olması riski halinde de iadeden kaçınılabileceğini belirtilmiştir. Bu halde çocuk için fiziksel veya psikolojik risk söz konusu olmamakla birlikte, iade edildiğî takdirde herhangi bir sebeple çocuk açısından

¹³³ Benzer yönde bkz. **Rusinova**, s.6.

¹³⁴ Benzer yönde bkz. **Freeman/Ergler/Kearns/Smith**, s.6.

¹³⁵ **Sirmen**, s.680-681.

tahammül edilemez bir durumun ortaya çıkması riski bulunmaktadır¹³⁶. Başka türden müsamaha edilemez durum ifadesine, çocuğun doğrudan zarar görmeyeceği hallere örnek oluşturması amacıyla yer verilmiştir¹³⁷.

Örneğin özel ihtiyaç sahibi çocukların, Covid-19 sebebiyle getirilen kısıtlamalar sonucu belli nitelikteki ihtiyaçlarına ulaşmaları mümkün olmayabilmektedir¹³⁸. Pandemi öncesinde verilen bir karar da otistik çocuğun ABD'den İtalya'ya iadesi için yapılan başvuruda mahkeme, çocuğun New York'ta devam eden terapi programından mahrum kalması ve İtalya'daki imkânların yeterli olmaması gerekçe gösterilerek çocuğun iadesi halinde ciddi zarara uğrayabileceğine kanaat getirilmiş ve iade talebi reddedilmiştir¹³⁹. Bu bağlamda özel ihtiyaç sahibi çocukların, zaten pandemi sebebiyle akranlarına kıyasla daha fazla zorlandıkları gözetilerek, bir de bu süreçte özel ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik imkânlardan mahrum kalmaları daha büyük zarara uğramalarına sebep olabilecektir. Benzer şekilde özellikle düşük gelir gruplarında, yüz yüze eğitimde çocuklara sunulan yiyecek vb. bazı imkânlara ücretsiz erişim imkânı bulunurken, halihazırdaki durumda aileler ve çocuklar bu gibi imkânlardan yoksun kalmıştır¹⁴⁰.

Yahut uzaktan eğitim sistemine dahil okul çağındaki çocuklarda gerekli eğitimi alabilmesi gereken teknolojinin yetersizliği, birlikte yaşadığı ebeveynin evden çalışmada sağlanan fiziksel alanın yetersizliği gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Aynı şekilde, özellikle küçük yaş gruplarında, ebeveynin uzaktan eğitim sürecinde çocuğa destek olmasının gerektiği durumlarda, yine evden çalışmak zorunda kalan ebeveynin bu görevi yerine getirememesi söz konusu olabilir¹⁴¹.

Son olarak başka bir husus Covid-19 sürecinde ebeveynin işini kaybetmesi gibi sebeplerin müsamaha edilmeyecek durum olup olmayacağı

¹³⁶ Schuz, s.276.

¹³⁷ Giray, s.135.

¹³⁸ Freeman/Ergler/Kearns/Smith, s.7.

¹³⁹ *Ermini v. Vittori*, 758 F.3d 153 (2d Cir. 2014^[Sep]), <<https://casetext.com/case/ermini-v-vittori>> s.e.t. 12.5.2021.

¹⁴⁰ Freeman/Ergler/Kearns/Smith, s.7-8.

¹⁴¹ Benzer yönde bkz. Freeman/Ergler/Kearns/Smith, s.7.

akla gelmektedir. Covid-19 tedbirleri kapsamında ülkelerde birçok işyeri uzun süreler boyunca kapanmış, kısıtlamalar nedeniyle kafe, restoran, farklı nitelikteki kurslar, oyun alanları ve benzerleri uzun süre iş yapamamış veya insanlar Covid-19 korkusu sebebiyle bu yerlere gitmekten imtina etmiştir. Sonuç olarak bu işyerlerinin bir kısmı kapanmış, işçi olarak çalışan birçok kişi işten çıkarılmış ve neticede işsizlik oranında da artış olmuştur¹⁴². Bu gibi durumlarda devletin mali yardımda bulunup bulunmadığı veya ilgili kişinin çocuğa sağlanacak imkanlar açısından başka bir mali kaynağa sahip olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınabilir. Çocuğun iade edileceği ülkede, yanında kalacağı ebeveynin Covid-19 sebebiyle işini kaybetmesi veya pandemi öncesinde nazaran gelirinde ciddi azalma olması ve buna bağlı olarak çocuğa yeterli imkân sağlayamaması söz konusu olduğunda bu durum müsamaha edilemeyecek risk olarak değerlendirilebilir mi sorusu da akla gelmektedir.

Yukarıda örnek kabilinden belirttiğimiz tüm bu hususlar, somut olayda ortaya çıkış biçimi ve riskin derecesi dikkate alınarak incelenmelidir. Defaatle belirttiğimiz gibi, ulaşılabilen mahkeme kararlarında Covid-19 bağlamında ortaya çıkabilecek bu tür hususlar iade taleplerinin değerlendirilmesinde hiç dikkate alınmamıştır. Oysa Sözleşmenin amacı çocuğun mutad meskenine iadesi olsa da, Sözleşme mutad meskene iadenin çocuğun yüksek menfaatini gerçekleştireceği düşüncesinden hareket etmektedir. Çocuğun yüksek menfaatinin korunması amacından hareket edildiğinde ise somut olaylarda Covid-19 bağlamında ortaya çıkabilecek tüm hususların değerlendirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Madde 13/1-b kapsamında iade talebinin reddine neden olan durumlar, Sözleşmede üç ayrı risk türü olarak belirtilmesine rağmen, mahkeme kararlarında net bir ayırım yapılmamakta ve fiziki risk, psikolojik risk ile müsamaha edilemez durumun çoğu zaman örtüştüğü görülmektedir¹⁴³. Covid-

¹⁴² **Giray**, s. 137. Konu hakkında Eurostat tarafından hazırlanan istatistikler için bkz. **Eurostat**, European Statistics, <<https://ec.europa.eu/eurostat>> s.e.t. 25.5.2021.

¹⁴³ **Rusinova**, s.4; **HCCH (2020a)**, s.22-26; **Bozdağ**, s.115.

19'un hayatın her alanını etkilediği dikkate alındığında, pandemi sürecinde de bu üç risk türünün birbiriyle bağlantılı olarak ortaya çıkacağı açıktır. Pandemi sürecinde mahkemeler tarafından verilen kararların birçoğunda Covid-19 riski değerlendirilmemiş, Covid-19'a bağlı riskleri dikkate alan kararlarda ise pandeminin geniş çaplı etkileri neredeyse hiç dikkate alınmamıştır. Birçok kararda pandeminin yarattığı bu durum ikinci plana atılmış, mahkemeler bu durumu genellikle ciddi risk kapsamında değerlendirmekten kaçınmış ve adeta geçici bir engel gibi görmüştür¹⁴⁴. Pandemi sürecine değinen kararlar yalnızca iade talebinin kabul edilmesi halinde iade prosedürünün, başka bir deyişle çocuğun geri gönderilmesinin m.13/1-b anlamında risk yaratıp yaratmadığı, yani milletlerarası seyahatin riskli olup olmayacağını çok genel hatlarıyla değerlendirmiştir. Kanaatimizce bu tür bir bakış açısı, konuya oldukça yüzeysel şekilde yaklaşmaktadır. Hayatımızı bu denli temelden etkileyen bir durumun, çocuklar söz konusu olduğunda tüm yönleriyle ve geniş çaplı etkileri dikkate alınarak incelenmesi gerekmektedir. Sadece milletlerarası seyahate ilişkin riskler değil, yukarıda da belirttiğimiz gibi, iade edileceği ülkenin sağlık sistemi, iade edileceği ülkedeki ebeveynin mesleği, pandemiye bağlı olarak ortaya çıkan yeni düzeni ve yaşam koşulları ve bütün bunlara bağlı olarak iade sürecinin Covid-19 bağlamında çocuk üzerindeki psikolojik etkileri gibi bireysel ve kolektif tüm unsurların dikkate alınması gerekmektedir. Kanaatimizce çocuğun yüksek menfaatinin korunması ancak bu şekilde mümkün olabilecektir. Nitekim Konferansın yayınladığı kılavuzda da m. 13/1-b anlamındaki iddiaların çok dikkatli ele alınması gerektiği ve her bir olayın somut özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu konuda somut olaydaki tüm hususlar bir bütün olarak değerlendirilmeli, çocuğun, ebeveynlerin, ilgili ülkelerdeki durumun ve iade sürecinin Covid-19 dönemi bağlamındaki özellikleri gözetilerek iade talebi red veya kabul edilmelidir. Mahkemeler, tüm olası sonuçları ve her iki ülkedeki durumu da dikkate alarak risk türlerini ayrı ayrı ve somut olaydaki özel durumlarla ilgili olarak değerlendirmekle yükümlüdür¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Sirmen, s.683.

¹⁴⁵ Rusinova, s.5.

İadenin çocuk için ciddi risk taşıması halinde, yetkili makamın 13. madde de belirtilen istisnaya dayanarak iade talebini redde karar vermekte tereddüt etmemesi gerekir, zira çocuğun üstün menfaatini koruma amacıyla hazırlanan bu Sözleşme yalnızca çocuğun mutad meskenini belirlemek ile sınırlı olarak uygulandığı takdirde, çocuğun üstün menfaatini koruma amacına hizmet etmeyecektir¹⁴⁶. Çocuğun mutad meskenine geri döndürülmesi Sözleşmenin amacı olmakla birlikte, tek amaç bu olmayıp, çocuğun üstün menfaatinin sağlanması amaçlanmalıdır¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Çelikel/Erdem, s.304-305; Giray, s.24-25.

¹⁴⁷ Gelgel, s.105.

KAYNAKÇA

- Akduman, Ebru** (2020) “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Uyarınca Koruma ve Ziyaret Hakkı”, MHB, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, C:40, S:2, s.1373-1402.
- Akıncı, Ziya** (2011) “Milletlerarası Özel Hukukta Çocuk Kaçırma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2001/1, s.63-76.
- Akıncı, Ziya / Demir Gökyayla, Cemile** (2020) Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Akoğlu, Gözde / Karaaslan, Bedriye Tuğba** (2020) “Covid-19 ve İzolasyon Sürecinin Çocuklar Üzerindeki Olası Psikososyal Etkileri”, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, C:5 S:2, s.99-103.
- Altuntaş, İlknur** (2006) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Türk Mahkeme Kararları, Yargıtay İçtihatları ve Sözleşmeye Taraf Devlet Uygulamalarından Örnekler, Ankara, Bilge Yayınevi.
- Ataman-Figanmeşe, İnci** (1999) “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, Beta, s.55-100.
- Arslan, İlyas** (2014) Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, İstanbul, On İki Levha.
- Atkinson, Jeff** (2011) “The Meaning of ‘Habitual Residence’ Under the Hague Convention on the Civil Aspects of Child Abduction and the Hague Convention on the Protection of Children”, Oklahoma Law Review, Vol:63, s.647-662.

- Ayhan İzmirli, Lale** (2019) “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Sözleşme Kapsamında Bebeğin Mutad Meskeni”, Gökalp Alica, Süheyla Suzan / Basa, Necdet (Editörler) II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu, Cilt I, Ankara, TBB, s.83-107.
- Bozdağ, Gonca Gülfem** (2014) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri, Ankara, Yetkin.
- Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah** (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Canbeldek, Akın** (2020) “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kapsamında Covid-19 Pandemi Sürecine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/author/ozlem-canbeldek/> s.e.t. 15.4.2021.
- Clarkson, C.M.V. / Hill, Jonathan** (2011) The Conflict of Laws, 4. Baskı, Oxford, Oxford University Press.
- Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır** (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Baskı, İstanbul, Beta.
- Davis, Deann** (2006) “The Gittre Standart: Creating a Uniform Definition of Habitual Residence Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, Chicago Journal of International Law, Vol: 7, No. 1, s.321-335.
- Dicey/ Morris/ Collins** (2017) The Conflict of Laws, Lord Collins of Mapesbury / Harris, Jonathan (Editors), Sweet/Maxwell.
- Doğan, Vahit** (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Ankara, Savaş.
- Ekşi, Nuray** (2021) Covid-19 Sürecinde Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, Beta.

- Erdem, Bahadır** (2015) “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları”, MHB, C:35, S:2, s.147-171.
- Eurostat**, European Statistics, <<https://ec.europa.eu/eurostat>> s.e.t. 25.5.2021.
- Gallegher, Erin** (2015) “A House Is Not (Necesseraly) A Home: A Discussion of the Common Law Approach to Habitual Residence”, N.Y.U. Journal of Internatinal Law&Politics, Vol:47, s.463-499.
- Gelgel, Günseli** (2012) Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler, İstanbul, Beta.
- Giray, Faruk Kerem** (2010) Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi, İstanbul, Beta.
- HCCH** (2020a) 1980 Child Abduction Convention Guide to Good Practice: Part IV Article 12(1)(b), <<https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf>> s.e.t. 30.4.2021.
- HCCH** (2020b) Covid-19 Toolkit, <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=731>> s.e.t. 10.5.2021.
- HCCH** (2020c) Toolkit for the 1980 Child Abduction Convention in Times of Covid-19, <<https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=741>> s.e.t. 10.5.2021.
- Kucinski, Melissa A.** (2020) “The Future of Litigating an International Child Abduction Case in the United States”, Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers, Vol:33, s.31-65.
- Morris, J.H.C.** (2005) The Conflict of Laws, London, Sweet/Maxwell.
- Moskowitz, Galit** (2003) “The Hague Convention on International Child Abduction and The Grave Risk of Harm Exception”, Family Court Review, Vol:41, Issue: 4, s.580-596.

- Nomer, Ergin** (2017) Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Beta.
- North, Peter / Fawcett, James / Carruthers, Janeen M.** (2008) Private International Law, 14. Baskı, Oxford, Oxford University Press.
- Özkan, Işıl** (2003) Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara, Naturel.
- Pérez-Vera, Elisa** (1982) Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, <<https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>> s.e.t. 25.4.2021.
- Rusinova, Nadia** (2020) “Child Abduction in Times of Corona”, <<https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/>> s.e.t. 4.5.2021.
- Schuz, Rhona** (2013) The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis, Oxford, Hart Publishing.
- Silberman, Linda** (1994a) “Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report”, Law and Contemporary Problems, Vol:57, No:3, s.209-269.
- Silberman, Linda** (1994b) “Hague Convention on International Child Abduction: A Brief Overview and Case Law Analysis”, Family Law Quarterly, Vol:28, No: 1, Spring s.9-34.
- Sirmen, Kazım Sedat** (2021) “Covid 19 Salgın Sürecinin 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi’ndeki ‘Ciddi Risk’ İstisnasının Uygulanmasına Etkisi”, Şenocak, Kemal (Editör), Covid-19 Küresel Salgınlarının Hukuktaki Yansımaları, Ankara, Yetkin Yayınları, s.667-685.

- Spector, Robert G. / Kucinski, Melissa A.** (2015) “International Family Law”, Int’l. L., Vol:49, s.174-158.
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Figanmeşe, İnci** (2021) Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, İstanbul, Beta.
- UNICEF** (2020) COVID-19 Salgının Çocuklar Üzerindeki Etkileri, 15 Nisan 2020,
<<https://www.unicef.org/turkey/media/9881/file/COVID19%20Döneminin%20Çocuklar%20Üzerindeki%20Etkilerine%20İlişkin%20Politika%20Notu.pdf>> s.e.t. 25.4.2020.
- Freeman, Claire / Ergler, Christina / Kearns, Robin / Smith, Melody** (2021) “Covid-19 in New Zealand and the Pasific: Implications for Children and Families”, Children’s Geographies, Vol:19, s.1-10.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge** (2011) Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara, Yetkin.
- Tekin, Esra** (2019) “1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi’ne Göre Çocuğun İadesinin Reddi Sebepleri”, Ankara Barosu Dergisi, C:77, S:2, s.41-72.
- Tekinalp, Gülören / Uyanık, Ayfer** (2016) Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Toker, Ali Gümrah** (2020) Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun Mutad Meskeni, Ankara, Adalet.

Yargı Kararları

- A.X. v. C.Y.** (2020) EWHC 1599 (Fam),
<<https://www.incadat.com/en/case/1462>> s.e.t. 20.5.2021.
- Chalkley v. Chalkley,** (1995) ORFL (4th) 422,
<<https://www.incadat.com/en/case/14>> s.e.t. 30.6.2021.
- Comar v. Comar** (2020) FamCAFC 99,
<<https://www.incadat.com/en/case/1455>> s.e.t. 22.5.2021.
- D.T. v. L.B.T.,** (2010) EWHC 3177 (Fam.),
<<https://www.incadat.com/en/case/1042>> s.e.t. 1.7.2021.
- D.P. v. Commonwealth Central Authority,** (2001) HCA 39, (2001) 180 ALR 402, <<https://www.incadat.com/en/case/347>> s.e.t. 1.7.2021.
- Ermini v. Vittori,**758 F.3d 153 (2d Cir. 2014^{[[SEP]]}),
<<https://casetext.com/case/ermini-v-vittori>> s.e.t. 12.5.2021.
- I. N. v. D.K., N** (a child) (2020) EWFC 35,
<<https://www.incadat.com/en/case/1463>> s.e.t. 23.5.2021.
- Kirn v. Kirn,** 2020 ONSC 2159, <<https://www.incadat.com/en/case/1457>> s.e.t. 22.5.2021.
- K.R. v. H.H.** (2020) EXHC 834 (Fam),
<<https://www.incadat.com/en/case/1460>> s.e.t. 22.5.2021.
- M. v. G.** (2020) EWHC 1450 (Fam), <<https://www.incadat.com/en/case/1461>> s.e.t. 22.5.2021.
- Onuoha v. Onuoha,** 2020 ONSC 1815,
<<https://www.incadat.com/en/case/1458>> s.e.t. 23.5.2021.

Ostevoll v. Ostevoll, 2000 WL 1611123 (S.D. Ohio 2000),
<<https://www.incadat.com/en/case/1145>> s.e.t. 30.6.2021.

R. v. B.R., Family Appeal 10701-04-20,
<<https://www.incadat.com/en/case/1466>> s.e.t. 25.5.2021.

The Father v. the Mother, Family Case 52595-02-20,
<<https://www.incadat.com/en/case/1465>> s.e.t. 23.5.2021.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2004/10536, K. 2004/11797, T: 14.10.2004,
<www.legalbank.net> s.e.t. 27.5.2021.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2013/3160, K. 2013/5415, T: 4.3.2013,
<www.legalbank.net> s.e.t. 28.5.2021.

Z.A. and B.Y. v. K. (a minor) (2020) NIFam 9,
<<https://www.incadat.com/en/case/1479>> s.e.t. 20.5.2021.

Walpole v. Secretary, Department of Communities and Justice (2020)
Fam CAFC 65, <<https://www.incadat.com/en/case/1456>> s.e.t.
22.5.2021.

ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN VELİSİ TARAFINDAN SOSYAL MEDYADA KULLANILMASININ KİŞİLİK HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERTUĞRUL**

ÖZET

Hayatın bir parçası haline gelen internetin yaygınlaşmasıyla, insanların sosyal medya platformlarını kullanması da giderek artmaktadır. Sosyal medya platformlarının çoğunluğu kişilerin isim, ses, görüntü gibi kişisel veri içeren bilgilerin paylaşılması esasına dayanmaktadır. İnsanların kendi kişisel verileri dışında, çocuklarının da verilerini sosyal medyada paylaşması sıklıkla görülen bir durumdur. Ancak masumca görülse dahi, geniş bir kitleye sunulan bu bilgiler, resimlerin değiştirilerek istismarcı kişilerce kullanılması, çocuğun bilgilerinin öğrenilmesi sayesinde güvenliğinin tehlikeye düşmesi gibi sakıncalarının yanı sıra, çocukların kişilik hakkına saldırı da oluşturabilirler.

Kişilik hakkına yönelik davranışlar rıza, üstün özel veya kamu yararı gibi bazı durumlarda hukuka aykırı sayılmaz. Hukuka uygunluk sebeplerinden rıza, kural olarak velayet hakkına sahip olan veliler tarafından verilebilir. Ancak çocukların kişilik hakkına yönelik müdahalelerde rızanın kimin tarafından verileceği, velilerin velayet hakkına dayanarak kendi davranışlarına rıza gösterip gösteremeyecekleri hususu ayrıca değerlendirilmelidir.

Bu çalışmada velayet altındaki çocukların kişisel verilerinin, velisi olan ebeveynleri tarafından sosyal medyada kullanılmasının, çocuğun kişilik hakkına etkisi ve hakkın Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ile 6698 Sayılı Kanun hükümleri kapsamında korunması incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişilik Hakkı, Velayet Hakkı, Kişisel Veri, İnternette Kişilik Hakkına Saldırı, Kişilik Hakkının Korunması.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.886576 – Geliş Tarihi: 25.02.2021 – Kabul Tarihi: 22.06.2021.

** Kıbrıs İlim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, meltemdemiral@hotmail.com, ORCID: 0000 0001 7265 5119.

EVALUATING PARENTS' USE OF CHILDREN'S PERSONAL DATA ON SOCIAL MEDIA IN TERMS OF PERSONALITY RIGHTS

ABSTRACT

With the widespread use of internet, which has become a part of our lives, people are increasingly using social media platforms. Most social media platforms are based on the principle of sharing people's names, sounds and images, which are in fact people's personal data. It is common for people to share their children's personal data on social media. However, even if it seems innocent, such information is presented to a wide audience and it can cause inconveniences such as the use of the pictures by pedophiles and endangering the safety of the children by releasing information about them. This behavior also creates an attack on personality rights of children.

Behaviors regarding personal rights are not considered illegal in some cases such as consent or public interest. Consent can, as a rule, be given by parents who have custody. However, the issue of who will give consent regarding children's personal rights, whether parents can consent to their own behaviors based on the right of custody should be evaluated separately.

In this study, use of children's personal data on social media by their parents, children's personal rights and the protection of personal data are examined, within the scope of the provisions of the Turkish Civil Law, Turkish Code of Obligations, and Law No 6698.

Keywords: Personality Right, Right of Custody, Personal Data, Attack to the Right of Personality on Internet, Protection of Personality Right.

GİRİŞ

Teknolojinin ilerlemesi ve internet kullanımının artması dünyayı dijital bir çağa sokmuştur. Birçok kişi dijital ortamda duygu ve düşüncelerini, ilgilerini, kişisel bilgilerini, fotoğraflarını, videolarını, fikir ve sanat eserlerini, yazı ve yazışmalarını, yarattıkları içerikleri ve daha birçok bilgiyi diğer insanların bilgisine sunmaktadır. Bu tür paylaşımlar çoğunlukla sosyal medya platformlarında gerçekleştirilmektedir. Özellikle facebook, instagram, youtube gibi popüler sosyal medya platformlarında her gün milyonlarca fotoğraf ve video paylaşılmaktadır. Kişiler sosyal medya platformlarında sadece kendi fotoğraf ve videolarını paylaşmamakta, çocuklarının fotoğraf, isim, doğum tarihleri, adresleri, sağlık durumları, eğitim bilgileri gibi kişisel veri oluşturan her türlü bilgisini de sosyal medyada açıklamaktadır.

Sosyal medyadaki paylaşımlar bazen, çocukların anne karnındaki cenin halinden başlayarak, neredeyse her halinin sosyal medyada açıklanması şeklinde gerçekleşmektedir. Velayet altındaki çocukların velisi konumunda bulunan ebeveynlerin, çocuk adına sosyal medya hesabı açarak veya kendi hesaplarında çocuğun kişilik değerlerini kullanarak paylaşımlarda bulunması çocuğun kişilik hakkına müdahale niteliği taşıyabilir. Ebeveynlerin velayet altındaki çocukların kişisel verilerini internette paylaşmaları hallerinde Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri kapsamında çocuğun kişilik hakkı korunabilir. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri kapsamında internetteki paylaşımın kaldırılması da mümkündür.

Çalışma kapsamında öncelikle sosyal medya hesaplarında çocuğun kişisel verilerinin paylaşılmasının yarattığı tehlikeye değinilmiş; kişilik hakkı kavramı, sosyal medyada çocuğun kişisel verilerinin paylaşılmasının ihlal edeceği kişilik değerleri ve hukuka uygunluk sebepleri, açıklanmaya çalışılmıştır. Ardından velilerin sosyal medyada çocuğun kişisel verilerini kullanarak paylaşım yapmasının Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ile 6698 Sayılı Kanun kapsamında sonuçları incelenmeye çalışılmıştır. 5651 Sayılı Kanun, çalışma kapsamının sınırlandırılması amacıyla, inceleme dışında bırakılmıştır.

I. VELAYET ALTINDAKİ ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN SOSYAL MEDYADA KULLANILMASININ YARATTIĞI RİSKLER

Kişilerin internette, duygu ve düşüncelerini, ilgilerini, kişisel bilgilerini, fotoğraflarını, videolarını, fikir ve sanat eserlerini, yazı ve yazışmalarını, yarattıkları içerikleri ve daha birçok bilgiyi, gerek sınırlı bir çevreyle gerekse de sınırsız olarak kamuoyuyla paylaşma olanağı buldukları dijital platformlara genel olarak “sosyal medya” denilmektedir¹.

Teknolojinin ilerlemesi, internet kullanımının artması insanların yüz yüze görüşerek, sosyalleştiği zamanları artık geri plana itmeye başlamıştır. Günümüzde çok sayıda insan arkadaşlıklarını sosyal medyada kurmakta, oradan görüşerek birbirleriyle iletişim kurmaktadır. Başlangıçta daha çok sosyalleşme amacıyla kullanılan sosyal medya hesapları, artık sosyal medyadaki servis sağlayıcısı ile işbirliği içerisinde bulunan şirketlerin reklamları sayesinde mal ve hizmet satışına ilişkin faaliyetlerde de kullanılmaya başlanmıştır. Bu nedenle sosyal medya hesapları artık sadece sosyalleşme ve iletişim sağlama amacıyla kullanılmamakta, reklam yoluyla para kazanma imkânı da sağlamaktadır.

Günümüzde anne babalar sosyal medyayı sadece kendi yaşamları ile ilgili bilgi paylaşımları için değil, aynı zamanda çocuklarının yaşamları hakkında bilgi paylaşmak, çocuklarıyla ilgili sorunlarla ilgili görüş, tavsiye almak için de kullanılmaktadırlar². Ancak bu fiiller, anne babalara diğer kişilerle bağlantı kurma, destek alma fırsatı sunmakla beraber; çocuklar için küçük düşürücü nitelikte olabilme, çocuklarda psikolojik sorunlar ve aile içi iletişim problemleri oluşturma, çocuk istismarına sebep olabilme risklerini taşımakta; ayrıca

¹ **Kaya, Mine** (2015b) “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:119, s. 279; **Akkurt, Sinan Sami** (2017) “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezai Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış” SÜHFD, C:25, S:2, s. 330.

² Ebeveynlerin, çocukları hakkında paylaşım yapmaları “paylaşanebeveynlik” (sharetng) olarak ifade edilmektedir. **Üstün, Özge** (2020) “Sosyal Medyada Çocuk Hakları İhlali: Paylaşanebeveynlik” Legal Hukuk Dergisi, C: 18, S: 206, s. 703-704.

çocukları kendi dijital ayak izini³ oluşturma ve bunu kontrol etme imkanından da mahrum bırakmaktadır⁴.

Michigan Üniversitesi'nin, 2015 yılında yaptığı araştırmanın sonuçlarına göre, anne babaların paylaşım yaparken, paylaşımların ortak konularını %28 oranında çocuklarını uyutma, %26 oranında besleme ve yeme ipuçları, %19 oranında disiplin, %17 oranında çocukların günlük bakımı/okulöncesi, %13 oranında davranış problemleri oluşturmaktadır. Ebeveynlerin %70'i sosyal medyayı diğer ebeveynlerden tavsiye almak için kullandıklarını ve %62'sinin bunun daha az endişelenmelerine yardımcı olduklarını söyledikleri belirtilmektedir⁵. Ancak iyiniyetle yapılan bu paylaşımlar çocuğun kişilik hakkına saldırı oluşturabilecek nitelikte olabilmektedir. Aynı araştırmaya göre çocukları hakkında paylaşım yapan ebeveynlerin %56'sı çocuklarını utandıracak paylaşımlar yaparken, %51'i de çocuklarının konumlarının belirlenmesini sağlayabilecek bilgiler vermekte %27'si de çocuklarının uygunsuz fotoğrafını paylaşmaktadır⁶.

Bazı ebeveynler çocuklarının ileride utanabileceği tarzda fotoğrafları komik veya tatlı olduğunu düşünerek internette paylaşmakta sakınca görmese de çocuklar açısından bu durum ileride rahatsızlık yaratabilir⁷. Nitekim

³ Kişilerin interneti veya dijital cihazları kullanırken oluşan, izlenebilir ve kaydedilebilir nitelikteki her türlü dijital verileri, dijital ayak izini oluşturmaktadır. <https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_footprint>, s.e.t. 12.06.2021.

⁴ **Steinberg, Stacey B.** (2017) "Sharenting: Children's Privacy In The Age Of Social Media", University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>> s.e.t. 07.07.2020, s. 843-844.

⁵ **Davis, Matthew M./Clark, Sarah J./Singer, Dianne C./Matos-Moreno, Amilcar/Kauffman, Anna Daly/Hale, Katrease** (2015) "Parents on social medis: Likes and dislikes of sharing" Mott Poll Report <<https://mottpoll.org/reports-surveys/parents-social-media-likes-and-dislikes-sharenting>> s.e.t. 10.01.2021.

⁶ **Davis/Clark/ Singer/ Matos-Moreno/Kauffman/Hale**, dn. 3.

⁷ Bireylerin Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafları Paylaşımı İle İlgili Tutumlarına Yönelik Anket Çalışması Konulu Araştırmada ileriki yıllarda sosyal medyada kendi çocukluk fotoğraflarının yer almasının katılımcılar üzerinde hissettirdiği duygular sorulduğunda, katılımcıların %34,3'ünün endişe, 15,8'inin utanç, 14,6'sının sinir duygusu hissettiği görülmüştür. %24 oranındaki kişi bu durumdan etkilenmeyeceklerini söylerken sadece %11,3'lük kesim bu

İtalyada, annesinin kendisinden izinsiz olarak fotoğraflarını paylaşmasından rahatsızlık duyan 16 yaşındaki bir çocuk, annesine dava açarak bu davayı kazanmıştır. Dava sonucunda annenin karara uymaması veya gelecekte yeni fotoğraflar yayınlaması halinde oğluna 10 bin Euro tazminat ödemesine hükümlenmiştir⁸.

Günümüzde sosyal medya milyonlarca insanın ulaşabildiği bir yer haline gelmiştir. Her türlü psikolojik yapıda insanın bulunduğu bu platformlarda yapılan veri girişleri rahatlıkla kötüye kullanılabilir. Bu tür paylaşımların yapılması, görüntülerin çocuk pornografisinde veya istismarcı kişilerce kullanılması gibi sakıncaları da barındırmakla, ayrıca çocuk hakkında bilgiler verilmesi nedeniyle çocukların güvenliklerinin tehlikeye düşmesi ihtimaline de yol açmaktadır⁹.

Sosyal medyada yapılan paylaşımlar, çocukların fotoğraf ve videoları ile kişisel bilgilerinin yakın ve sınırlı bir çevre ile paylaşılması şeklinde “gizli” hesaplarla ya da bu verilerin geniş bir kitleye açıklanarak paylaşıldığı “açık” hesaplarda gerçekleştirilmektedir. Sınırlı çevre ile yapılan paylaşımlar, hesaba erişebilecek kişi sayısının azlığı ve yakınlık ilişkisi nedeniyle zararsız görülse de çocuk istismarının daha çok aileye yakın kişiler¹⁰ tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle sakıncasız değildir¹¹.

durumda olumlu duygular yaşamaktadır. Araştırma sonuçları hakkında bkz. **Duygulu, Serap** (2019) “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafı Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, TRT Akademi, C:4, S: 8, s. 485.

⁸ “Oğlunun fotoğraflarını izinsiz sosyal medyada paylaşan anne suçlu bulundu” BBC New Türkçe, 08.01.2018, <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-42604622>> s.e.t. 10.01.2021.

⁹ **Steinberg**, s. 848-849; Sosyal medyada çocuk fotoğrafı paylaşmanın riskleri hakkında bkz. **Duygulu**, s. 442 vd.

¹⁰ **Öztürk, Aslıhan Burcu** (2009) “Çocuğun Cinsel İstismarı ve Aileyle Çalışma” Toplum ve Sosyal Hizmet, C: 20, S: 2, s. 90.

¹¹ **Duygulu**, s. 442.

II. ANNE BABANIN SOSYAL MEDYADA ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİ PAYLAŞMASININ ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKKINA ETKİSİ

A. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI VE KİŞİLİK HAKKINI KORUYAN DÜZENLEMELER

Hukuk düzeninin en önem verdiği kavramların başında kişilik gelmektedir. Kişi, haklara ve borçlara sahip olma ehliyetine sahip olan varlıklardır¹². Kişinin kendisi ve bununla birlikte kişinin korunmaya değer bulunan hukuki ve manevi nitelik taşıyan hak ve fiil ehliyeti, hayatı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, adı gibi tüm varlıkları ise kişiliği oluşturur¹³. Gerçek kişilerde kişilik, çocuğun sağ doğumuyla başlayıp ölümle sona ermektedir. Ancak, kişiler, tam ve sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir (TMK. m. 28)¹⁴. Sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de, yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK. m. 48).

Medeni Kanun'da kişilik hakkının genel bir tanımı yapılmamış, kişilik hakkı kapsamına giren değerler de tek tek sayılmamıştır. Zira kişilik hakkı soyut

¹² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 2; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2020) Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 5; **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2014) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 12. Baskı, İstanbul, Beta, s. 339; **Kaya, Mine** (2015a) "Elektronik Ortamda Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunması" (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 6; **Yünlü, Semih** (2021) Görüntü Üzerinde Kişilik Hakkı, Ankara, On İki Levha, s.90.

¹³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 2; **Dural/Öğüz**, s. 9; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 339; **Üstün**, s. 717; **Yünlü**, s.91.

¹⁴ Her ne kadar çocuk anne karnında iken henüz kişiliğe sahip olmasa da, sağ ve tam doğumuyla geçmişe etkili olarak hak ehliyetine sahip olacağından, cenin halindeyken yapılan kişiliğine yönelik müdahalelere karşı da kişiliği koruyucu imkanlardan yararlanabilir. **Baskın, Onur** (2021) Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Seçkin, s. 25, 27.; Kişilik ölümle birlikte sona ereceğinden, ölen çocuğun kişilik hakkına yönelik saldırılar, genel kabule göre yakınlarının his yaşamı kapsamında kişilik değerini oluşturarak korunabilir. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 163; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 347; **Petek, Hasan** (2015) Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara, Yetkin, s. 129-221; **Baskın**, s. 70; **Zorlu, Süheyla** (2010) "İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması" (Yüksek Lisans) Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 46; **Yünlü**, s.93.

bir kavram olup, içeriği teknolojik, ekonomik ve sosyal gelişmelere göre değişebilmektedir. Bu nedenle insan varlığını oluşturan ve korunması gereken, kişiyi kişi yapan bütün maddi ve manevi değerlerin kişilik hakkı kapsamına girdiği kabul edilmektedir¹⁵. Kişilik hakkı, kişilerin kişiliğinden ayrılmaz nitelikte olan, para ile ölçülemeyen, devredilemeyen ve kural olarak mirasçılara geçmeyen mutlak haklarıdır¹⁶. Genel kabule göre kişilerin tek genel (kök) bir kişilik hakkı bulunmaktadır¹⁷. Bu hakkın içerisine de (sınırlı sayıda olmayan şekilde) kişinin adı, hayat, sağlık ve vücut tamlığı, resim ve sesi, kişinin haysiyeti

- ¹⁵ **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saime** (2016) *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 164; **Serozan, Rona** (2015) *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Vedat, s.454; **Öztan, Bilge** (1992) *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, 4. Baskı, Ankara, Turhan, s. 109; **Helvacı, Serap** (2001) *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, Beta, s. 41; **Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen** (2007) *Kişiler Hukuku*, 2. Baskı, Konya, Mimoza, s. 41; **Petek, s. 52-53; Erdemir, İrem** (2019) “Kişilik Hakkının İnternet Ortamında İhlali” (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9; **Yüzer, Dilara** (2013) 1982 Anayasası’nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Ankara, Yetkin, s. 98; **Doğan** (2001), s. 370-371; **Özcan Büyüktanır, Burcu G.** (2019) *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması*, Ankara, Yetkin, s. 35; **Üstün, s. 717; Aka, Beyza** (2017) “Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunma Yolları”, İzmir Barosu Dergisi, C: 82, S: 2, s. 235.
- ¹⁶ **Büchler, Andrea** (2016) “Art 28” Kostkiewicz, Jolanta Kren, Wolf, Stephan, Amstutz, Marc, Fankhauser, Roland, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar 3., überarbeitete Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, s. 124, N. 1; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 161; Öztan** (1992), s. 110-111; **Dural/Öğüz, s. 103-104; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 347; Ayan/Ayan, s. 44-45; Petek, s. 54-55; Akyüz, Emine** (2012) *Çocuk Hukuku*, Ankara, Pegem Akademi, s. 125; **Özdemir, Hayrünnisa** (2009) *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara, Seçkin, s. 111; **Yüzer, s. 94; Doğan, Murat**(2003) “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E., 755/K. 1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (eski adı Erzurum Atatürk Üniversitesi), C: VII, S: 1-4, s. 389-390; **Kaya** (2015a), s. 8-9; **Akkurt, s. 344; Zorlu, s. 43; Erdemir, s. 6-7; Baskın, s. 70; Özcan Büyüktanır, s. 36, 37; Üstün, s. 717; Yünlü, s. 87-88.**
- ¹⁷ Alman hukukunda yapılan, tek genel bir kişilik hakkı bulunup bulunmadığı konusundaki görüşler için bkz. **Siebert, Wolfgang** (1958) NJW 11. Jahrgang Heft 36, (Çeviren: Öztan, Bilge (1969) *Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler*, AÜHFD, C: 26, S: 1, s. 221 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 342 vd.**

ve onuru, faaliyet ve yaşamını düzenleme özgürlüğü, kişinin sırları ve özel hayatı gibi değerler girmektedir¹⁸.

Kişilik hakkı, maddi değere sahip olmamakla birlikte, ancak bu hakka yönelik saldırılar maddi veya manevi zarara yol açarak tazminat yaptırımının uygulanmasına sebebiyet verebilir¹⁹. Kişilik hakkı, zamanaşımına veya hak düşürücü süreye uğramaz. Fakat, kişilik hakkına saldırılması sebebiyle istenebilecek alacak hakkı zamanaşımına tabidir²⁰.

Kişilik hakkı, uluslararası ve ulusal mevzuatlarda koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 12. maddesinde, hiç kimsenin özel hayatı, ailesi, evi veya yazışmasına keyfi olarak karışılmayacağı, onuruna ve adına saldırılmayacağı ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletlerin Çocuk Hakları Sözleşmesinin (United Nations Convention on the Rights of the Child/UNCRC) 16. maddesinde, hiçbir çocuğun özel yaşantısına aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılmayacağı; çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı olduğu belirtilerek çocukların özel yaşama saygı hakkı da koruma altına alınmıştır.

¹⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 166-194; **Serozan, Rona** (1977) “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 11, S: 14, s. 93; **Dural/Öğüz**, s. 101; **İşgüzar, Hasan** (1990) “3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, ABD, S: 6, s. 857; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 345-347; **Akyüz**, s. 125; **Ayan/Ayan**, s. 43; **Özdemir, Hayrünisa** (2008) “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, AÜHFD, C:57, S: 3, s. 583; **Doğan, Murat** (2001) “Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (eski adı Erzurum Atatürk Üniversitesi), C: V, S: 1-4, s. 371; **Doğan** (2003), s. 388; **Yüzer**, s. 98; **Akkurt**, s. 344-345; **Erdemir**, s. 9; **Baskın**, s. 52; **Özcan Büyüktanır**, s. 35-36; **Üstün**, s. 717; **Yünlü**, s. 92.

¹⁹ **Dural/Öğüz**, s. 103; **Özcan Büyüktanır**, s. 37; **Baskın**, s. 71.

²⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 164; **Serozan** (1977), s. 94; **Serozan** (2015), s. 455; **Kaya** (2015b), s. 290; **Akkurt**, s. 345; **Erdemir**, s. 8; **Baskın**, s. 71.

Devlet'in temel hak niteliğinde olan kişilik hakkını korumak konusunda pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu doğrultuda, kişilik hakkını ihlal eden davranışlara karşı bireyleri koruma görevi ve sorumluluğu altındadır²¹. Nitekim, kişilik hakkı Anayasa'mızda özel olarak koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın 12'inci maddesinde herkesin “*kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip*” olduğunu ifade edilmektedir. Kişilik hakkı kapsamına giren bazı kişilik değerleri de özel olarak ayrıca düzenlenerek koruma altına alınmaktadır. Sosyal medyada yapılan paylaşımlarla ihlal edilen kişilik değerlerinden biri olan özel hayatın gizliliği, temel hak olarak Anayasa'da korunduğu gibi, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı da güvence altına alınmıştır (Anayasa m. 20). Anayasa'nın 11. maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmektedir. Bu hüküm doğrultusunda Anayasa'nın yatay etkisi olduğu ve Anayasa hükümlerinin özel kişiler arasındaki hukuksal ilişkilerde de bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir. Bu sebeple, temel hak olan kişilik hakkını korumak ve ona saygı göstermek herkes için anayasal bir yükümlülük teşkil eder²².

Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddesinde kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler belirtilmiş, 25. maddesinde de saldırı halinde açılacak önleme, durdurma ve tespit davaları düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde de kişilik hakkının zedelenmesi halinde zarar görenin manevi tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir.

²¹ **Yüzer Eltimur, Dilara** (2019) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul, On İki Levha, s. 77.

²² **Dural/Öğüz**, s. 101; **Serozan** (1977), s. 95; **Özcan** (1992), s. 110; **Yüzer**, s. 96; **Yüzer Eltimur**, s. 83.

B. SOSYAL MEDYADA ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN KULLANILMASIYLA MÜDAHALEDE BULUNULAN KİŞİLİK HAKKI DEĞERLERİ

1. Genel Olarak

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veri olarak tanımlanmıştır (6698 S. K., m. 3/I, d). Çocukların fotoğraf, video, isim, doğum tarihleri, adresleri, sağlık durumları, eğitim bilgileri gibi her türlü bilgi kişisel veri kapsamındadır. Bu tür kişisel veriler, aynı zamanda çocuğun kişilik hakkı kapsamına da girmektedir²³. Bu sebeple çocuğun kişisel verilerinin sosyal medyada kullanılması, çocuğun kişilik hakkına giren değerlere müdahale sonucunu doğurmaktadır. Yapılan fiil, aynı anda birden fazla kişilik değerine (örneğin resim ve şeref) müdahale de oluşturabilir²⁴.

Kişilik hakkına giren değerler, fiziksel kişilik değerleri, duygusal kişilik değerleri ve sosyal kişilik değerleri olarak ayrılmaktadır. Fiziksel kişilik değerleri, hayat, vücut bütünlüğü, ruhsal sağlık gibi değerleri ile kişinin hareket ve cinsel özgürlüklerinden oluşmaktadır. Kişinin ailesi ve yakınlarıyla ilişkileri duygusal kişilik değerleri içerisindedir. Kişinin adı, resmi, sesi, şeref ve haysiyeti, özel hayatı, ekonomik özgürlüğü gibi değerler ise sosyal kişilik değerlerini meydana getirmektedir²⁵.

Çocuk hakkında sosyal medyada paylaşımlar yapılması, çocukların ad, resim ve ses, şeref ve haysiyet ile özel hayatı gibi kişilik değerlerine müdahale taşıyabilir. Bu nedenle çalışmamızda sadece bu kişilik değerleri kapsamında inceleme yapılacaktır.

²³ Baskın, s. 51; Üstün, s. 717; Yünlü, s. 470.

²⁴ Dural/Öğüz, s. 142-143; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 391; Yünlü, s.105.

²⁵ İşgüzar, s. 857-859; Usta, Sevgi (2012) Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul, On İki Levha, s. 107; Özdemir (2009), s. 113-114; Özcan Büyüktanır, s. 66.

2. Kişinin Adı

Ad, bir kişinin toplumdaki diğer kişilerden ayırt edilmesini sağlayan ve kişinin belirli bir aileye bağlılığını belirten ayırt edici nitelikte kelimelerdir²⁶. Kişinin adı, aynı aile üyelerinden ayrılmasını sağlayan öz ad ile, hangi soydan geldiğini belirten soyadından oluşur²⁷.

Ancak hukuken korunan ad sadece kişinin öz adı ve soyadından oluşmamakta olup, kişileri başkalarından ayırmaya yarayan lakap, takma ad gibi her türlü ifade, bu kapsama girmektedir²⁸. Kişilerin e-mail adresleri de bu kapsamda korunmalıdır²⁹.

Veliler çocuk adına sosyal medya hesabı açarak çocuğun kişilik değerlerini sosyal medyada kullanabilmektedir. Sosyal medya hesapları açılırken, bu hesabın diğerlerinden ayırt edilebilmesi için bir kullanıcı adı belirlenerek profil oluşturulması istenmektedir. Çocuklar adına hesaplar açılırken çoğu zaman çocukların gerçek adları kullanılarak bu hesap isimleri belirlenmektedir. Bazen çocukların adı-soyadı ile birlikte, “*meteyilmazinannes*” gibi ek kelimeler de kullanılabilenekte ise de bu ek kelimelerin kullanılması çocukların adının kullanılması gerçeğini değiştirmemektedir. Bununla birlikte çocuğun tanınmasını sağlayacak, resim ve benzeri kişisel veriler kullanılmadan sadece “*meteninannes*” gibi, binlerce insanın sahip olabileceği bir ismin sosyal medyada kullanılması halinde, kişilik hakkının ihlali söz konusu olmaz. Ancak,

²⁶ **Aebi-Müller, Regina E.** (2016) “Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG”, Breitschmid, Peter/ Jungo, Alexandra, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, s. 147, N. 1; **Siebert**, s. 221; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 110; **Dural/Öğüz**, s. 169; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 418; **Öztan** (1992), s. 143; **Petek**, s. 67; **Özdemir** (2008), s. 563; **Yüzer**, s.113; **Kaya** (2015a), s.12; **Zorlu**, s. 57; **Akkurt**, s. 349; **Özcan Büyüktanır**, s. 160-161; **Baskın**, s. 81.

²⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 111; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 419; **Özdemir** (2008), s. 564; **Yüzer**, s.114; **Akkurt**, s. 349.

²⁸ **Aebi-Müller**, s. 149, N. 10; **Dural/Öğüz**, s. 170-171; **Helvacı**, s. 75; **Serozan** (2015), s. 483; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 420 vd.; **Öztan** (1992), s. 146-147; **Özdemir** (2008), s. 563-564, 567; **Özdemir** (2009), s. 118; **Yüzer**, s.114; **Kaya** (2015a), s.12; **Zorlu**, s. 57; **Aka**, s. 245; **Özcan Büyüktanır**, s. 161; **Baskın**, s. 81.

²⁹ **Özdemir** (2009), s. 118-119; **Özcan Büyüktanır**, s. 161; **Kaya** (2015a), s.95; **Baskın**, s. 81.

çocuğun adı ile birlikte fotoğrafı gibi çocuğun tespitini mümkün kılan kişisel verilerinin kullanılması halinde, artık diğer kişilik değerleri yanında ad üzerindeki hak da ihlal edilmiş sayılabilir.

Çocukların adının sosyal medyada kullanılması, çocuğun adı üzerindeki kişilik hakkına saldırı oluşturabilir. Türk Medeni Kanunu'nda kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel hüküm dışında, 26. maddede özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Sosyal medyada kullanıcı adı olarak, çocuğun ad kapsamında korunan ifadelerinin başkası tarafından kullanılması halinde, daha sonra çocuğun aynı kelimeleri kullanarak profil oluşturması teknik olarak mümkün olmamaktadır. Bu sebeple çocuğun ad kapsamında korunan ifadelerinden oluşan kullanıcı adının, ebeveynleri tarafından haksız olarak kullanılması halinde, kendisi aynı kelimeleri kullanamayacağı için 26. madde hükmü kapsamında hakkının tespitini isteyerek, korunma talep edebilir. Bu durumda, adı rıza alınmaksızın haksız olarak sosyal medya hesabında kullanılan çocuk haksız kullanımın sona erdirilmesi, ayrıca koşulların oluşması halinde, bu adı kullanan ebeveynlerinden maddi ve manevi tazminat talep edebilecektir. Adı haksız olarak kullanılan çocuk, ayrıca kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümlere başvurabileceği gibi, vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme gibi davaları da açabilir³⁰.

3. Kişinin Resim ve Sesi

Kişilerin, fotoğraf veya videosunun çekilmesi suretiyle görüntülenebilen ya da herhangi bir araçla yapılan portre, karikatür gibi görüntüsü kişinin resmini oluşturur³¹. Kişinin sesi ise, kişinin akciğerlerinden gelen havanın ses yolundan geçerken meydana getirdiği titreşimlerin oluşturduğu, kişiye özgü tınıdır³².

³⁰ Aebi-Müller, s. 147, N. 3; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 130; Özdemir (2008), s. 586; Özcan Büyüktanır, s. 167.

³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 185; Helvacı, s. 72; İmre, Zahit (1974) “ Şahsiyet Haklarının Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İÜHF., C: 39, S: 1 – 4, s. 164; İşgüzar, s. 863; Petek, s. 70; Ayan/Ayan, s. 49-50; Erdemir, s. 20; Yüzer, s.112; Kaya (2015a), s. 15; Zorlu, s. 55; Akkurt, s. 349; Aka, s. 242-243; Özcan Büyüktanır, s. 157; Baskın, s. 86; Yünlü, s. 109, 110.

³² <<https://www.tdk.gov.tr/icerik/yazim-kurallari/ses-harf-ve-alfabe/>> s.e.t. 07.02.2021.

Sosyal medya hesapları çoğunlukla resim ve ses paylaşma teması üzerine kurulu platformlardır. Bu hesaplarda sıklıkla çocuğun resmi, sesi bazen de video (görüntü ve ses birlikte) paylaşımı yapılmaktadır.

Kişinin resim ve sesinin sadece sosyal medyada kullanılması, yayınlanması, ya da tahrif edilerek kullanılması, yayınlanması halinde değil; kayıt altına alınması halinde de kişilik hakkı ihlali teşkil edebilmektedir^{33 34}. Ancak kişilerin resminin çekilmesi her durumda kişilik hakkını ihlal etmeyebilir. Örneğin, bir kişinin özel hayat alanına girerek fotoğrafının çekilmesi kişilik hakkına müdahale oluştururken, kalabalık bir futbol maçında kalabalığın fotoğrafının çekilmesi halinde müdahale bulunmaz. Bununla birlikte kalabalığın fotoğrafının çekilerek, izinsiz ve ticari amaçlarla yayınlanması halinde, fotoğraf içerisinde tespit edilebilen kişilerin, kişilik hakkına hukuka aykırı saldırı oluşur³⁵. Kamuya mal olmuş kişiler hakkındaki haberlerde, bu kişilerin kişisel verilerinin kullanılması halinde de saldırı bulunmayabilir³⁶. Örneğin, dizi oyuncusu olarak ünlenmiş bir çocuğun, haber amaçlı olarak sosyal medyada resim/sesinin yayınlanması kişilik hakkına müdahale oluşturmayabilir.

4. Kişinin Şeref ve Haysiyeti

Kişinin şeref ve haysiyeti, kişilerin kendine olan saygısı ile kişilerin sosyal hayatında saygı görmesini sağlayan kişinin toplum içinde bazı nitelikleri elde

³³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2006/13723, K: 2007/13089, T: 26.10.2007; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2008/9075, K: 2009/4072, T: 19.3.2009; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2012/3348, K: 2013/20398, T: 14.11.2013, Kazancı İçtihat Bankası; **Büchler**, s. 126, N. 9; **İmre**, s. 164; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 391; **Helvacı**, s. 72; **İşgüzar**, s. 863; **Petek**, s. 71; **Özdemir** (2009), s. 119; **Erdemir**, s. 21; **Kaya** (2015a), s. 15, 18; **Zorlu**, s. 55, 57; **Akkurt**, s. 351; **Aka**, s. 243; **Özcan Büyüktanır**, s. 157; **Baskın**, s. 86; **Yünlü**, s. 109-110, 166.

³⁴ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86. maddesinde, kişinin resim ve portresinin, tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemeyeceği düzenlenmiştir.

³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 1990/4-275, K: 1990/459, T: 3.10.1990, Kazancı İçtihat Bankası. **Özcan Büyüktanır**, s. 159-160.

³⁶ **Büchler**, s. 126, N. 9; **İmre**, s. 164, 168; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 185; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 391; **Akkurt**, s. 350; **Yüzer**, s. 113; **Kaya** (2015a), s. 16; **Özcan Büyüktanır**, s. 160.

ederek sonradan ulaştığı konumdan oluşan değerler bütünüdür³⁷. Şeref ve haysiyet kapsamında korumaya, kişilerin hem iç onurları (şeref duygusu) hem de dış onurları (toplumdaki itibarı) girmektedir³⁸.

Kişilerin şeref ve haysiyeti, kişilerin insan olma sıfatıyla doğumuyla kazandığı temel değerlerden biridir. Bununla birlikte tüzel kişilerin de şeref ve haysiyeti korunmaktadır³⁹. Şeref ve haysiyet kavramı nisbi bir kavram olup, kişilerin toplumdaki statüsü, sosyal durumu ve çevresine göre değişkenlik gösterebilir⁴⁰. Ancak her kişinin sahip olduğu asgari nitelikte (çekirdek) şeref duygusu her durumda korunmalıdır. Asgari nitelikteki şerefi çerçeveleyen, kişinin durumuna göre şeref nisbi özellik göstermektedir⁴¹.

Sosyal medyada yapılan, çocukları toplumda küçük düşürebilecek nitelikteki söz, yazı ve görüntüler, çocukların şeref ve haysiyetini ihlal eden paylaşımlar oluşturabilir⁴². Örneğin, çocuğun uygunsuz sayılabilecek bir görüntüsünün sosyal medyada paylaşılması, çocuğun başkaları tarafından alay konusu edilmesine ve şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesine sebebiyet verebilir.

Çocuğun şeref ve haysiyeti, insan olmaktan kaynaklanan bir hakkı olduğundan çocuk daha müdahalenin sonuçlarının farkında olmasa bile, yapılan paylaşımlar çocuğun şeref ve haysiyetini ihlal edebilir. İhlalin gerçekleşmesi için çocuğun mutlaka bu davranışın sonuçlarını algılayabilmesi aranmamalıdır. Aksi takdirde ayırt etme gücü olmayanların şeref ve haysiyet duygusunun farkında olmamaları nedeniyle, şeref ve haysiyetleri yoktur sonucuna varılır.

³⁷ Aebi-Müller, s. 108-109, N. 18; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 177; Öztan (1992), s. 121; Dural/Öğüz, s. 130; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 385; Ayan/Ayan, s. 49; İşgüzar, s. 859; Özdemir (2009), s. 120; Yüzer, s. 106; Kaya (2015a), s. 13; Zorlu, s. 51; Aka, s. 239; Özcan Büyüktanır, s. 143; Baskın, s. 83-84.

³⁸ Aebi-Müller, s. 108-109, N. 18; Dural/Öğüz, s. 130; Petek, s. 64; Özdemir (2009), s. 120; Kaya (2015a), s. 13.

³⁹ Dural/Öğüz, s. 130-131; Petek, s. 61.

⁴⁰ Dural/Öğüz, s. 131; Petek, s. 61; Helvacı, s. 69; Yüzer, s. 107; Kaya (2015a), s. 14; Zorlu, s. 54; Özcan Büyüktanır, s. 143.

⁴¹ Dural/Öğüz, s. 131.

⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 177.

Çocuğun hayatındaki gerçek olayların paylaşılması şeref ve haysiyetini zedeleyebileceği gibi, gerçek olmayan iftira niteliği taşıyan bilgilerin gerçekmiş gibi paylaşılması da kişilik hakkına saldırı oluşturabilir⁴³.

Çocuğun şeref ve haysiyetinin zedelenmesi için mutlaka çocuğun adının açıkça belirtilmiş olması gerekmez. Başkalarının çocuğu tanımasını sağlayan görüntüsü, karikatürü, ses kayıtlarının kullanılması veya çocuk hakkında onun tanınmasını sağlayacak ifadelerle birlikte bazı açıklamaların sosyal medyada paylaşılması suretiyle de şeref ve haysiyetine zarar verilebilir⁴⁴.

5. Kişinin Özel Hayatı

Sosyal medyada çocukların fotoğraf, video, sağlık durumu gibi verilerinin velileri tarafından paylaşılması, özel hayata müdahale niteliği taşıyabilir⁴⁵. Velilerin benzer durumda çocukları olan başka kişilere bilgi vererek yardımcı olma gibi amaçlara da olsa, çocuklarının zihinsel problemleri, sağlık sorunları, cinsel yönelimleri gibi çocuğun özel hayatına giren konulara ilişkin paylaşımlarda bulunması, çocukların tanımadıkları insanlar tarafından bu bilgilerin biliniyor olmasından dolayı rahatsızlık duymasına sebebiyet verebilir.

Bir kişinin hayat alanı, özel alan, sır (gizli) alan ve ortak alan olarak üçe ayrılmaktadır⁴⁶. Kişinin özel hayat alanının tespiti yapılırken, somut olayın özelliğine göre kişinin bu alanlardaki davranışlarının niteliği ve bu davranışları hangi çevreyle paylaşılmak istediği konusundaki iradesine göre belirleme yapılmalıdır⁴⁷. Her ne kadar bu alanların tespitinde kişilerin iradesi esas

⁴³ **Aebi-Müller**, s. 109-110, N. 18-21; **Helvacı**, s. 69-70; **Öztan** (1992), s. 122; **Baskın**, s. 84.

⁴⁴ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 386; **Petek**, s. 65; **Zorlu**, s. 51; **Baskın**, s. 84-85.

⁴⁵ **Erdoğan, Canan** (2019) "Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)" D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C:21, Özel S., s. 2454.

⁴⁶ **Aebi-Müller**, s. 110, N. 22; **Büchler**, s. 125, N. 5; **Öztan** (1992), s. 125; **Serozan** (1977), s. 107; **İmre**, s. 148; **Dural/Öğüz**, s. 138; **Ayan/Ayan**, s. 50-51; **Helvacı**, s. 60-61; **Yüzer**, s. 108; **Kaya** (2015a), s. 21; **İşgüzar**, s. 860; **Atasoy, Kemal** (2016) "Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 22, S: 3, s. 276; **Küzeci, Elif** (2020), Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, İstanbul On İki Levha, s. 79; **Zorlu**, s. 61; **Erdemir**, s. 17; **Aka**, s. 241; **Özcan Büyüktanır**, s. 147; **Baskın**, s. 89; **Yünlü**, s. 2.

⁴⁷ **Dural/Öğüz**, s. 139; **Öztan** (1992), s. 125; **Özdemir** (2009), s. 118; **Yüzer**, s. 108.

alınmakta ise de, ayırt etme gücü bulunmayan kişiler bakımından objektif bir değerlendirme yapılarak bu alanların tespit edilmesi yerinde olacaktır⁴⁸. Aksi halde bir kişinin sır alanına girecek kadar özel bir bilgisi, bu konuyu başka kişilerle paylaşmak istemediği yönündeki iradesinin yokluğu sebebiyle ortak yaşam alanına giren bir bilgi niteliğinde görülme riskiyle karşılaşacaktır.

Sır alanı, kişinin kimseyle paylaşmadığı ya da sadece çok yakın gördüğü kişilerle paylaştığı, başkalarının bilgisinden uzak kalması gereken hayat alanıdır⁴⁹. Kişilerin sadece samimi yakın ilişki içinde bulunduğu yakınları ve tanıdıkları gibi sınırlı sayıda kişiyle paylaşmak istediği, sır alanına girmemekle birlikte üçüncü kişilerce bilinmesini istemediği olaylardan oluşan yaşamı, özel alanını oluşturur⁵⁰. Kişinin özel hayat kapsamında korunan özel alanı, kişinin yakın çevresi ile paylaştığı ve mahremiyet alanından daha geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu alana kişinin ailevi ve meslekî faaliyetleri de girmektedir⁵¹. Bu alan içerisinde gerçekleşen olayların, alan kapsamında paylaşılmak istendiği çevrenin dışındaki kişiler tarafından öğrenilip kullanılması halinde de özel hayatın ihlali söz konusu olur. Kişinin toplumsal hayatın gereği olarak diğer insanların gözü önünde yaşadığı, izlendiği ve başkalarının bilgisine ulaşmasında sakınca olmayan, yaşam alanı ise ortak alanına girer. Kişilik hakkı ile koruma altına alınan özel hayat, kişinin özel ve sır alanındaki bilgilerden oluşur. Kamuya açık alanlarda yaşanan, bilinmesinde sakınca bulunmayan bilgiler kural olarak özel hayat kapsamında korunmaz⁵². Bununla birlikte ortak

⁴⁸ Dural/Öğüz, s. 139.

⁴⁹ Büchler, s. 125, N. 5; İmre, s. 149; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 189; Dural/Öğüz, s. 138; Helvacı, s. 62; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 390; Ayan/Ayan, s. 53; İşgüzar, s. 860; Özdemir (2009), s. 117; Erdoğan, s. 2454; Yüzer, s. 109; Kaya (2015a), s. 23; Akkurt, s. 351-352; Erdemir, s. 17; Zorlu, s. 64; Atasoy, s. 276; Aka, s. 241; Özcan Büyüktanır, s. 148; Baskın, s. 90-91; Yünlü, s.123-124.

⁵⁰ İmre, s. 149; Dural/Öğüz, s. 138; Helvacı, s. 62; Öztan (1992), s. 126; İşgüzar, s. 860-861; Ayan/Ayan, s. 52; Yüzer, s. 108; Kaya (2015a), s. 22; Erdemir, s. 17; Atasoy, s. 276; Özcan Büyüktanır, s. 150; Baskın, s. 90; Yünlü, s.122.

⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 189; Ayan/Ayan, s. 52; Özdemir (2009), s. 117; Erdoğan, s. 2455; Yüzer, s. 108-109; Zorlu, s. 62.

⁵² İmre, s. 149; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 189; Dural/Öğüz, s. 138-139; Helvacı, s. 62; İşgüzar, s. 861; Ayan/Ayan, s. 51; Yüzer, s. 108; Kaya (2015a), s. 21; Erdoğan, s. 2454-

yaşam alanındaki bilgilerin kişileri küçük düşürecek ve şeref ve haysiyetini zedeleyecek şekilde veya ticari amaçlarla paylaşılması kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyabilir⁵³.

Kişilerin özel hayatına yönelik müdahaleler kural olarak kişinin niteliğine bağlı olmaksızın kişiliğe saldırı oluşturur. Ancak kamuya mal olmuş kişilere yönelik yapılan müdahaleler, üstün nitelikli kamu yararı sebebiyle saldırı niteliği taşımayabilir⁵⁴.

Çocukların koruma kapsamına giren, sır ve özel alanı içerisindeki fotoğrafları, sesleri, video ve kişisel bilgilerinin ele geçirilmesi veya kaydedilmesi de kişilik hakkı ihlâli teşkil edeceği gibi özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu da oluşturabilir⁵⁵.

C. VELİLERİN YARARLANABİLECEĞİ HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

1. Genel Olarak

Kişilik hakkının saldırıya uğradığının kabulü için yapılan eylemin haksız/hukuka aykırı olması gerekir⁵⁶. Hukuka aykırılık, yazılı ve yazılı olmayan kurallar ve hukuk düzeninin yasaklamalarına göre hukuk düzenince tasvip edilmeyen fiil ve davranışlardır⁵⁷.

Kişilik hakkına kapsamına giren değerlere yönelik müdahaleler, hukuka uygunluk nedeni bulunmaması halinde haksız saldırı teşkil edecektir. Medeni Kanun'un 24/II. maddesinde, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması halleri, kişilik hakkına yönelik müdahalenin hukuka aykırı

2455; Akkurt, s. 352; Erdemir, s. 17; Atasoy, s. 276; Aka, s. 241; Özcan Büyüktanır, s. 150; Yünlü, s.118.

⁵³ Dural/Öğüz, s. 139; Yüzer, s. 104; Kaya (2015a), s. 22; Zorlu, s. 61; Aka, s. 241; Yünlü, s. 118.

⁵⁴ Dural/Öğüz, s. 141-142; Özcan Büyüktanır, s. 151.

⁵⁵ Dural/Öğüz, s. 140; Akkurt, s. 361; Atasoy, s. 277; Özcan Büyüktanır, s. 149.

⁵⁶ Öztan (1992), s. 132; Dural/Öğüz, s. 152; İşgüzar, s. 864; Doğan (2001), s. 388; Özdemir (2009), s. 191; Özcan Büyüktanır, s. 195.

⁵⁷ Büchler, s. 128, N., 15; Öztan (1992), s. 132; Dural/Öğüz, s. 152; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 400; Doğan (2001), s. 388.

sayılmaması sonucunu doğurduğu düzenlenmiştir. Sosyal medya hesaplarında veliler tarafından çocuk hakkında paylaşım yapılması halinde, bu hukuka uygunluk nedenlerinden rıza, üstün özel yarar ve üstün kamu yararı sebepleri uygulama alanı bulabilir niteliktedir. Bu nedenle çalışmamızda bu hukuka uygunluk sebepleri incelenecektir.

2. Rıza

Çocukların kişilik hakkı kapsamında korunan özel hayatına ilişkin bilgilerin, fotoğraf ve videolarının onların izni alınmadan sosyal medyada yayınlanması kişilik hakkına saldırı oluşturur. Ancak bu davranış, çocuğun geçerli rızası ile yapılmış ise, davranış hukuka aykırı olmaktan çıkar. Bununla birlikte rıza her durumda kişilik hakkına yönelik her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez. Zira TMK'nun 23. maddesi, kişilerin hak ehliyetlerinden vazgeçme sonucunu doğuracak veya özgürlüklerini hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıracak davranışlarını geçersiz kılmaktadır. Bu nedenle rızanın emredici hukuk kuralları, ahlak, kamu düzenine aykırı olmaması gereklidir⁵⁸.

Çocuğun rızasının hukuka aykırılığı kaldırabilmesi için, kişinin üzerinde geçerli şekilde tasarruf edebileceği türden bir hak olması gereklidir. Rıza belirli bir kişilik hakkı değerini ilgilendiren, belirli bir konuya ilişkin olmalıdır. Kişilik hakkından genel olarak vazgeçilmesi ya da kişilik hakkına yönelik tüm saldırılara rıza gösterilmesi hukuken geçerli bir rıza oluşturmaz⁵⁹.

Rıza açık olabileceği gibi, zımni de olabilir⁶⁰. Örneğin, annesinin sosyal medya hesabı için fotoğraf çektiğini bilen, ayırt etme gücüne sahip bir çocuğun, annesine özellikle poz vermesi halinde zımni rıza bulunmaktadır.

⁵⁸ Dural/Öğüz, s. 153; Helvacı, s. 108; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 401; Petek, s. 83; İşgüzar, s. 865; Ayan/Ayan, s. 67; Akyüz, s. 129; Doğan (2001), s. 401-402; Kaya (2015b), s. 295; Atasoy, s. 286; Erdemir, s. 11, 38; Aka, s. 247-248; Baskın, s. 101; Özcan Büyüktanır, s. 199; Yünlü, s. 212.

⁵⁹ Aebi-Müller, s. 114, N. 30; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 208; İşgüzar, s. 865; Kaya (2015a), s. 308; Zorlu, s. 96; Atasoy, s. 292; Özcan Büyüktanır, s. 198.

⁶⁰ Büchler, s. 128, N., 15; İmre, s. 168; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 213; Öztan (1992), s. 133; Dural/Öğüz, s. 143; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 401; İşgüzar, s. 865; Ayan/Ayan, s. 66-67; Kaya (2015a), s. 310; Zorlu, s. 95; Atasoy, s. 286; Erdemir, s. 20, 39; Baskın, s. 105; Özcan Büyüktanır, s. 199; Yünlü, s. 202.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza, sosyal medyadan paylaşım yapılmadan önce verilmelidir⁶¹. Sosyal medyada paylaşım yapıldıktan sonra verilen rıza, saldırı fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz ancak mağdurun tazminat talep etme hakkından vazgeçmesi sonucunu doğurabilir⁶². Verilen rızanın daha sonra geri alınması da mümkündür. Geri almadan itibaren artık rızaya aykırı fiil kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyacaktır⁶³. Verilen rızanın sınırlarının aşılması halinde de kişilik hakkının ihlâli söz konusu olabilecektir⁶⁴.

Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için, kişilik hakkına yönelik müdahaleye yönelik vazgeçme iradesi açık olmalı, bu rızanın bilinçli ve serbest bir iradeyle verilmesi gereklidir⁶⁵. Çocukların kendi kişilik değerlerine yönelik müdahalede bulunmak için gösterecekleri rıza yaş küçüklüğü sebebiyle bilinçli bir rıza oluşturamayabilir⁶⁶. Özellikle bebekler adına hesap açılması halinde, bebeklerin bu paylaşımlara hukuka uygun şekilde rıza gösterebilmesi

⁶¹ **Aebi-Müller**, s. 114, N. 31; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 213; **Helvacı**, s. 104; **Kaya** (2015a), s. 308, 309; **Zorlu**, s. 97; **Atasoy**, s. 287; **Yünlü**, s. 208.

⁶² **Aebi-Müller**, s. 114, N. 31; **Helvacı**, s. 104; **Ayan/Ayan**, s. 67; **İşgüzar**, s. 865; **Yünlü**, s. 208.

⁶³ **Büchler**, s. 128, N., 15; **Aebi-Müller**, s. 114, N. 31; **Serozan** (2015), s. 470; **Helvacı**, s. 109; **Doğan** (2001), s. 402; **Erdemir**, s. 39; **Atasoy**, s. 287; **Yünlü**, s. 197-198.

⁶⁴ “*Davaya konu fotoğrafın kültürel ve tanıtım amaçlı olarak anılan sitede yayınlanmak üzere rızayla verilmiş olması, bu resmin izinsiz bir şekilde başkaları tarafından ticari amaçlı çoğaltılmasına ve kullanılmasına da izin verildiği anlamına gelmez.(...).Davacıya ait fotoğrafın daha önce kendisi tarafından bir web sitesinde kullanılması, kendisine ait bu fotoğraf üzerinde tasarruf hakkının sona ermesi şeklinde yorumlanamayacağı gibi, davalı şirketin mağaza vitrininde ve işletme sahibinin kartvizitinde davacı fotoğrafının ticari nitelikli olarak kullanılması olayının da davacının kişilik haklarını zedelediğinden bahsedilemez.*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/11-392, K: 2012/593, T: 19.9.2012, Kazancı İçtihat Bankası; **Helvacı**, s. 65; **Öztan** (1992), s. 134; **Dural/Öğüz**, s. 141; **İşgüzar**, s. 865; **Kaya** (2015a), s. 23; **Doğan** (2001), s. 391; **Akkurt**, s. 353; **Zorlu**, s. 97; **Erdemir**, s. 20; **Durak, Yasemin** (2014) “İnternet Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı Ve Hukuki Korunma” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 22, S:1, s. 109.

⁶⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 209; **Helvacı**, s. 103; **Serozan** (2015), s. 469; **İşgüzar**, s. 866; **Kaya** (2015a), s. 310; **Zorlu**, s. 97; **Erdemir**, s. 38; **Atasoy**, s. 286-287; **Özcan Büyüktanır**, s. 198.

⁶⁶ **Erdoğan** s. 2463.

mümkün olmayacaktır. Bu durumda velayet altındaki çocuklar bakımından rızanın kim tarafından verileceği hususu değerlendirilmelidir.

Velayet, küçükler ve bazı hallerde de kısıtlı erginlerin şahısları ve malvarlıklarının korunması ve temsil edilmeleri için anne babalarına ve evlat edinene yüklenen yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için tanınan yetki ve haklardır⁶⁷. Velayet hakkı eskiden, ana babanın hakimiyet hakkı olarak değerlendirilirken, günümüzde ana babaya tanınan bir hak olmakla birlikte bir takım yükümlülükler de içeren bir “*yüküm-hak*” olarak nitelendirilmektedir⁶⁸.

Ergin olmayan çocuklar kural olarak anne babalarının velayeti altındadır ve velayeti ebeveynler evlilik birliği süresince birlikte kullanır. Ancak bazı hallerde velayet hakkı hakim tarafından sadece ana veya babaya bırakılmış olabilir⁶⁹. Ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullandığı hallerde velayete bağlı hak ve yükümlülükler aralarında paylaşırılamaz. Örneğin, çocuğun temsil edilmesi sadece anneye, çocuğun mallarının yönetilmesi sadece babaya bırakılamaz⁷⁰.

Ana ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı ve bundan doğan egemenlik yetkisi, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır⁷¹. Velilerin

⁶⁷ **Dural, Mustafa/Öğüz,Tufan/Gümüş, Mustafa Alper** (2021), Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 361; **Serozan, Rona** (2005) Çocuk Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul, Vedat, s. 250; **Öztan, Bilge** (2015) Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Turhan, s. 1074; **Hatemi, Hüseyin/ Kalkan Oğuztürk, Burcu** (2018) Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 180-181; **Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman Derya** (2011) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 13. Baskı, İstanbul, Beta, s. 406; **Usta**, s. 20-21; **Yücel, Özge** (2011) Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara, Turhan, s. 32; **Bozkurt, İkbal** (2010) “Velinin Velayetten Doğan Hak Görev Ve Yetkileri”, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 4; **Üstün**, s. 719.

⁶⁸ **Serozan** (2005), s. 250; **Öztan** (2015), s. 1076; **Gümüş, Mustafa Alper** (2006) Türk Medeni Hukukunda Kayyım, İstanbul, Vedat, s. 185; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 182.

⁶⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 361; **Serozan** (2005), s. 254; **Öztan** (2015), s. 1085; **Üstün**, s. 719; **Özcan Büyüktanır**, s. 259.

⁷⁰ **Öztan** (2015), s. 1077.

⁷¹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 362; **Öztan** (2015), s. 1074, 1075; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 410; **Usta**, s. 23; **Erdoğan**, s. 2461; **Bozkurt**, s. 9. Bu hakkın mutlak hak olarak betimlenmesini

çocukların aleyhine olacak şekilde davranmayacağı varsayımı bulunduğundan, çocuklarla ilgili kararları alma yetkisi bu ebeveynlere bırakılmıştır. Veliler, velayet hakkı kapsamında çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatinin göz önünde tutularak gerekli kararları alabilir ve uygulayabilir (TMK. m.339/1). Veliler bu hakkı kullanırken önemli konularda çocuğun düşüncesini de mümkün olduğunca göz önünde tutmalıdır (TMK. m. 339/III).

Çocuk ayırt etme gücüne sahip ise, kural olarak kişi varlığı değerlerini bizzat kendisi kullanabilir⁷². Bu sebeple ayırt etme gücü bulunan çocuklar bakımından rızanın, çocuğun kendisi tarafından verilmesi gerekir. Ancak çocuğun kişilik hakkına yönelik saldırının büyüklüğü ve önem derecesine göre, kişilik hakkı üzerinde vereceği rızanın tüm sonuçlarını öngörmesi mümkün değilse, yasal temsilcisinin de bu konuda rıza göstermesi gerektiği doktrinde haklı olarak kabul edilmektedir⁷³. Örneğin, çocuğun havuzda çekilmiş ve ileride kendisi için sakınca yaratabilecek fotoğraflarının internet sitesinde kullanılmasına rıza göstermesi yeterli sayılmamalı, yasal temsilcilerinin de bu konuda rıza göstermesi aranmalıdır. Velilerin haklı bir sebepleri olmaksızın bu rızayı göstermemesi TMK'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur⁷⁴. Bu konuda uyuşmazlık olması halinde TMK'nun 461. maddesinin kıyasen uygulanması mümkün olabilir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocukların kişisel verilerinin kullanılabilmesine dair rıza ise, velayet hakkına sahip ebeveynler tarafından verilmelidir⁷⁵. Zira velayet hakkına sahip olan veliler, üçüncü kişilere karşı

eleştiren, hakkın mutlak-nisbi hak karması olduğu yönündeki görüş için bkz. **Serozan** (2005), s. 251-253; **Üstün**, s. 719; **Özcan Büyüktanır**, s. 265.

⁷² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 100, 101; **Helvacı**, s. 105; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 325; **Akyüz**, s. 114, 129; **Erdemir**, s. 40; **Usta**, s. 108, 158-159; **Kaya** (2015a), s. 310; **Atasoy**, s. 286; **Baskın**, s. 106; **Üstün**, s. 718-719; **Özcan Büyüktanır**, s. 199; **Bozkurt**, s. 172.

⁷³ **Helvacı**, s. 105; **Ayan/Ayan**, s. 67; **Akyüz**, s. 129; **Atasoy**, s. 286; **Baskın**, s. 106; **Özcan Büyüktanır**, s. 200.

⁷⁴ **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 325.

⁷⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 87; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 367; **Serozan** (2005), s. 279; **Serozan** (2015), s. 469; **Öztan** (1992), s. 134; **Helvacı**, s. 106; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 317; **Usta**, s. 108, 153; **İşgüzar**, s. 866; **Erdemir**, s. 40; **Bozkurt**, s. 172, 177; **Erdoğan** s. 2463. Aksi yönde bkz. **Kaya** (2015a), s. 310; **Özcan Büyüktanır**, s. 200; **Yünlü**, s. 216.

çocuklarının yasal temsilcisi konumundadırlar (TMK. m. 342/I). Bununla birlikte ebeveynler tarafından verilen rızanın çocuğun menfaatine (üstün yararına) uygun olması gereklidir⁷⁶. Çocuğun kişilik değerlerine saldırı oluşturan, çocuğu rencide edebilecek, rahatsız olmasına yol açabilecek türden paylaşımlarda, paylaşımı gerçekleştiren anne babanın kendi fiillerine rıza göstermesi, çocuğun menfaatine aykırı olacağından her durumda hukuka uygun kabul edilmemelidir⁷⁷. Ancak, çocuğun kalabalık bir parkta oynarken çekilen bir fotoğrafının veliler tarafından sosyal medyada paylaşılmasında, ya da ailecek yemek yerken çekilen bir videoda çocuğun menfaatini ihlal eden özel bir durum olmadıkça, velilerin çocuk adına rıza göstermesi mümkündür. Velilerin rıza gösterme hususu konusunda anlaşamamaları halinde hakime başvurmaları mümkündür (TMK. m. 195)⁷⁸.

Çocuğun kişilik hakkına giren değerlerini kullanarak sosyal medya hesabı açan veya kendi hesaplarında bu verileri kullanarak paylaşım yapan velilerin çocuğun menfaatine aykırı olmayan nitelikteki fiilleri ilk planda hukuka uygun görünebilir. Ancak çocuk ayırt etme gücüne sahip olduğu anda, sosyal medyada mevcut olan verilerinin kaldırılmasını istemesi halinde rıza geçersiz hale gelecek ve diğer hukuka uygunluk sebeplerinden birinin de bulunmaması halinde, çocuğun kişilik hakkına saldırıda bulunulduğu kabul edilebilecektir.

⁷⁶ **Dural/Öğüz**, s. 371; **Öztan** (2015), s. 1075; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 185; **Grassinger, Gülçin Elçin** (2009) Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Çocuğun Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK. md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul, On İki Levha, s. 20; **Akyüz**, s. 259; **Usta**, s. 94; **Yücel**, s. 33; **Erdoğan**, s. 2461; **Bozkurt**, s. 89; **Özcan Büyüktanır**, s. 53, 200; **Üstün**, s. 707.

⁷⁷ **Özcan Büyüktanır**, s. 145; **Yünlü**, s. 216-217. Nitekim, velinin çocuğu temsil yetkisi çocuk ile veli arasında menfaat çatışması olduğu hallerde sona erer. TMK'nun 426/I, b.2'ye göre bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa, çocuğa temsil kayyımı atanır. (İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 306/III. hükmüne göre , çocuk ile veli arasında menfaat çatışmasının olduğu hallerde velinin çocuğu temsil yetkisi bulunmaz.) Bu nedenle, velinin çocuğun menfaatine aykırı olacak şekilde, kendi menfaatine uygun olarak, davranışına çocuk adına rıza göstermesi geçerli kabul edilemez.

⁷⁸ **Öztan** (2015), s. 1087.

3. Üstün Nitelikte Özel Yarar

Kişilik hakkına müdahalede bulunulmak istenen kişinin, failin veya üçüncü bir kişinin⁷⁹üstün yararının mevcudiyeti halinde yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmayabilir⁸⁰. Burada kişilik değerine saldırıyla oluşan olumsuz durum ile, bu kişilik değerinin ihlal edilmesiyle korunan özel yarar arasında menfaat dengesine bakılmalıdır. Eğer, kişilik hakkına nazaran, özel yararın korunması ölçülülük ilkesine ve hakkaniyete uygun ise, özel yararın üstün nitelikte olduğu kabul edilebilir⁸¹.

Üstün nitelikte özel yararın bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, yapılan fiilin uygun amaçla ve araçla yapılıp yapılmadığı tespit edilmelidir. Gerçekte olmayan veya korunmaya değer nitelikte olmayan bir amaçla hareket edilmesi halinde üstün nitelikte özel yarar bulunmaz. Kullanılan aracın da kişilik hakkına müdahalede bulunulan kişiye en az zarar verecek şekilde seçilmesi gerekir⁸².

Anne babanın çocuğun ameliyatı için para toplamak, başkalarına destek olmak için çocuğun bir hastalığı ve tedavisi hakkında bilgi paylaşımı veya kaybolan çocuklarının bulunabilmesi için sosyal medya hesabı açması, çocuğu taciz eden kişinin yakalanması için kamuoyunda başlatılan kampanyada çocuğun asgari bilgilerinin açıklanması gibi hallerde üstün nitelikte özel yarar sebebiyle hukuka aykırılık bulunmayabilir. Hatta bu paylaşımların yapılmasında, çocuğun özel yararı dışında toplum yararı da söz konusu olabilir. Örneğin, bir çocuk tacizcisinin yakalanması kamunun menfaatini de ilgilendirir. Bu sebeple bu davranışlar, üstün nitelikli kamu yararı sebebiyle de hukuka aykırılık taşımayabilir.

Çocuğun eğitimini, gelişimini veya malvarlığını olumlu yönde etkileyecek davranışlarda çocuğun kişilik değerlerinin sosyal medyada kullanılması da çocuğun özel yararını oluşturabilir. Örneğin çocuğun

⁷⁹ Örneğin, meşru müdafaa halinde.

⁸⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 214; **Öztan** (1992), s. 134; **Dural/Öğüz**, s. 153-154; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 402; **Helvacı**, s. 126; **Kaya** (2015a), s. 310; **Akyüz**, s. 130; **Aka**, s. 248; **Erdemir**, s. 40, **Yünlü**, s. 286.

⁸¹ **İşgüzar**, s. 866; **Helvacı**, s. 127; **Doğan** (2001), s. 391; **Yünlü**, s. 286.

⁸² **Kaya** (2015a), s. 312; **Doğan** (2001), s. 392-393.

malvarlığını zenginleştirmek için çocuğun reklamlarda, dizilerde oynatılması, yarışmalara katılmasının sağlanması gibi hallerde özel yarar unsurunun varlığı söz konusu olabilecektir.

4. Üstün Nitelikte Kamu Yararı

Üstün nitelikte kamu yararı, şahsi nitelikte olmayan toplumun genelini ilgilendiren menfaatleridir⁸³. Bu hallerin bulunması durumunda, çocuğun kişilik hakkına yönelik olarak yapılan müdahaleler hukuka aykırılık taşımayacaktır⁸⁴. Sosyal medyada çocuğun kişisel verilerinin kullanılmasının, üstün nitelikte kamu yararı sebebiyle hukuka aykırılık oluşturması, kamuoyu için önem taşıyan konularda, çocuğun ebeveynleri tarafından halkın bilgilendirilmesi halinde söz konusu olabilir. Ancak bunun için, basın özgürlüğünün sınırlarında aranan kriterlerin burada da aranarak⁸⁵, bu bilgilerin gerçek nitelikte olması, kamu yararı niteliği taşıması, toplumsal ilgi ve güncelliğinin bulunması ve konu ile ifade arasındaki düşüncel bağlılığa uygun olması gereklidir⁸⁶. Ebeveynlerin toplumu bilgilendirme amacını aşacak şekilde, çocuğun her türlü kişisel verisinin açıklanması, çocuğun kişilik hakkına saldırı oluşturabilir.

Ebeveynler tarafından sosyal medyada çocuk hakkında yapılan paylaşımların, üstün nitelikte kamu yararı sebebiyle hukuka aykırılığı kaldırması için, somut olayda kamuoyunun haber alma ve aydınlatılmasındaki

⁸³ **Baskın**, s. 107.

⁸⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 217-218; **Öztan** (1992), s. 135; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 402; **Baskın**, s. 107.

⁸⁵ Basın, düşüncelerin basılı eserler vasıtasıyla, yazılı şekilde kamuoyuna açıklandığı bir kitle iletişim aracıdır (**Yüzer**, s. 19). Sosyal medyada veliler tarafından yapılan paylaşımlar, basın özgürlüğü kavramına dahil olmasa da, sosyal medya da kitle iletişim aracı olarak kullanılan ve düşünce ve ifade özgürlüğünün korunduğu bir alan olmaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüğü, basın özgürlüğünün korunmasındaki temellerden olduğundan, sosyal medyadaki düşünce ve ifade özgürlüğünün korunması için, basın özgürlüğü kapsamında getirilen sınırlamalar, veliler tarafından kamu yararıyla yapılan paylaşımlarda da aranmalıdır (**Aka**, s. 249).

⁸⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 218-219, 223-224; **Serozan** (2015), s. 473; **Dural/Öğüz**, s. 137; **Ayan/Ayan**, s. 70; **İşgüzar**, s. 867-870; **Yüzer**, s. 123; **Kaya** (2015a), s. 313; **Aka**, s. 249-250; **Özcan Büyüktanır**, s. 201; **Yünlü**, s. 249.

yararının, kişiliği saldırıya uğrayan çocuğun kişilik hakkının korunmasına ilişkin yararından üstün görünmesi gereklidir⁸⁷. Örneğin, çocuğun toplumu ilgilendirebilecek önemli bir başarısı ve ödül alması gibi halkı bilgilendirici nitelikte paylaşımlar yapan ebeveynlerin bu paylaşımları üstün nitelikte kamu yararı sebebiyle hukuka uygun kabul edilebilir.

III. SOSYAL MEDYADA ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKKINA MÜDAHALENİN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Sosyal medyada çocuk adına hesap açılması, görüntü ve bilgilerinin paylaşılması (hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı sürece) kişilik hakkının ihlalini oluşturacağı için, Türk Medeni Kanunu'ndaki ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere başvurulmasına yol açacaktır. Ayrıca eylemi gerçekleştiren veliler bakımından velayet hakkı kapsamında da bazı sonuçlar doğabilir. Bu Kanunlar dışında 6698 Sayılı Kanun kapsamında da kişisel verilerin korunması söz konusu olabilir.

Ailelerin çocuklarının, adlarını, resim ve seslerini, özel hayatlarını sosyal medya hesabında kullanması kişilik hakkına yönelik müdahale niteliğindedir. Rızası alınmayan, rıza verebilecek ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar yerine müdahaleye rıza gösterme yetkisine sahip olan velilerin, kendilerinin kişilik hakkına müdahalede bulunması ve kendilerine rıza göstermiş olması, yukarıda açıkladığımız üzere her durumda saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun, yasal temsilcilerinin izni olmaksızın dava açması, bu hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle mümkündür⁸⁸. Ayırt etme gücü olmayan çocuklar ise dava ehliyetine sahip değildir. Tam ehliyetsizlerin kişilik hakkına saldırıda bulunduğu durumlarda, küçüğün zararlı sonuçtan kurtarılması için dava açılmasının

⁸⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 220-221; Dural/Öğüz, s. 137; Aka, s. 249; Özcan Büyüktanır, s. 206.

⁸⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 238; Ayan/Ayan, s. 79; Helvacı, s. 157; Doğan (2001), s. 405; Yücel, s. 29; Üstün, s. 721; Özcan Büyüktanır, s. 255; Yünlü, s. 223.

gerektiği hallerde, velilerin onlar adına dava açabilmesi kabul edilmiştir⁸⁹. Ancak dava açması gereken veliler zaten çocuğun kişilik hakkına yönelik saldırıyı gerçekleştiren kişiler olduklarından, davayı kimin açacağı sorunu doğmaktadır.

Velayet hakkı ana veya babadan birine ait olup, çocuğun kişilik hakkına yönelik saldırı bu ebeveyn tarafından yapılmış ise (çocukla yasal temsilci arasında menfaat çatışması olacağından), çocuk adına dava açması için, çocuğa kayyım atanması gereklidir (TMK. m. 403/II, 426/b. II)⁹⁰. Vesayet makamı, ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atayabilir (TMK. m. 426). Bu durumda sosyal medyada çocuğunun kişilik hakkına saldırı oluşturan paylaşımlar yapan ebeveyni kendiliğinden veya ihbar üzerine fark eden vesayet makamının, çocuğun talebi olmaksızın kayyım ataması mümkündür. Hakim çocuğun üstün yararına göre hareket ederek kayyım atayıp atamayacağına ve kayyımın görev ve yetkilerinin kapsamına karar vermelidir⁹¹.

Velayeti birlikte kullanan ana babadan birinin çocuğun kişilik hakkına saldırıda bulunan paylaşımlarda bulunması halinde, diğer velinin tek başına çocuk adına dava açıp açamayacağı hususu ise ayrıca değerlendirilmelidir. TMK'nun 336/I. maddesine göre, evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Bu sebeple çocuk adına dava açılması gereken hallerde, ana baba evli ise kural olarak ikisinin birlikte dava açması veya birinin çocuk adına dava açtığı hallerde diğerinin onay vermesi gereklidir. Çocuğun kişilik hakkına saldırıda bulunan ebeveyne karşı dava açılırken, ebeveyn ile çocuk arasında menfaat çatışması⁹² söz konusu olmaktadır. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, anne ve baba velayeti birlikte kullanıyor ve menfaat çatışması yasal temsilcilerden sadece biriyle yaşanıyor ise, açıkça yetki verilmesine gerek olmaksızın diğer ebeveyn çocuğu tek başına temsil edebilmelidir. Bu hallerde küçükle menfaat çatışması yaşayan ebeveyn için

⁸⁹ Helvacı, s. 158; Ayan/Ayan, s. 79; Özdemir (2009), s. 230; Doğan (2001), s. 406; Yücel, s. 27.

⁹⁰ Öztan (2015), s. 1125; Gümüş (2006), s. 59; Özcan Büyüktanır, s. 257.

⁹¹ Yücel, s. 40.

⁹² Türk hukukunda yasal temsilci ile çocuk arasında soyut menfaat çatışması bulunmasının temsil kayyımı atanması için yeterli olduğu kabul edilmektedir. (Gümüş (2006), s. 46; Yücel, s. 60-61).

kayım atanması gerekmez. Ancak küçükle menfaat çatışması yaşamayan ebeveyn, diğer ebeveynle karşı gelmek istememek vb. sebeplerle küçüğün menfaatini korumuyor ise kayıym atanması gerekir⁹³. Ancak Yargıtay'ın sadece menfaat çatışması yaşayan ebeveyn için kayıym atanması ve kayıym ile birlikte diğer ebeveynin dava açması gerektiği yönünde kararı bulunmaktadır⁹⁴.

Velayet hakkına sahip iki ebeveynin de çocuğun kişilik hakkına müdahalede bulunması durumunda veya birinin saldırısına diğer velinin kayıtsız kalması halinde, davranışın ağırlığına göre velayetin kaldırılarak çocuğa vasi atanması ve vasi tarafından çocuk adına dava açılması mümkün olabilir (TMK. m. 348). Çocuğun kişilik hakkına yönelik paylaşımlar, velayetin kaldırılmasına sebep olacak ölçüye varmıyor, ancak çocuk adına velilerine karşı dava açılması gerekiyor ise çocuğu temsil etmek üzere kayıym atanması gerekir.

Kişiliği koruyan davaları açmak için hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresi kural olarak yoktur⁹⁵. Ancak talep koşullarını oluşturan durumların zamanla ortadan kalması halinde, davanın koşulu da ortadan kalkar. Örneğin, yapılan paylaşımın zamanla silinmesi halinde, mevcut bir saldırının bulunması koşulu ortadan kalkacağından saldırının durdurulması davası açılmaz. Yine kişilik hakkına saldırı sebebiyle uğranılan zararın giderilmesi için açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında haksız fiil zamanaşımı süresi içinde bu davaların açılması gerekir⁹⁶. Çocuğun velisi tarafından yapılan paylaşımı öğrenmesi üzerine tazminat davası açtığı durumlarda, iki yıllık kısa zamanaşımı süresinin, çocuğun hem paylaşımın sonuçlarını algılayabilecek zihinsel güçte olduğu, hem de paylaşımı öğrendiği anın keşiştiği zamandan başlaması gerekir.

⁹³ **Gümüş** (2006), s. 45; **Yücel**, s. 57-58.

⁹⁴ “ (..)evlilik birliğinin devam ettiği, TMK 336'ya göre velayeti birlikte kullanmalarının gerektiği, ... ve ... ile babalarının hukuki yararı çatıştığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece ...'a babasının velayet hakkı yönünden kayıym tayin ettirilmesi, davanın davacı anne ... ve kayıym tarafından devam ettirilmesi (...) gerekir.” Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E: 2017/3402, K: 2018/137, T: 10.1.2018, Kazancı İçtihat Bankası.

⁹⁵ **Doğan** (2001), s. 384; **Doğan** (2003), s. 396; **Erdemir**, s. 51.

⁹⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 255; **Ayan/Ayan**, s. 81, 82; **Zorlu**, s. 116; **Erdemir**, s. 58.

B. VELAYET HAKKI BAKIMINDAN SONUÇLARI

Sosyal medyada çocuğa ait fotoğraf ve benzeri bilgilerin paylaşılması yukarıda açıkladığımız üzere çok fazla sakıncayı beraberinde getirmektedir. Velilerin, velayet hakkını çocuğun menfaatine (üstün yararına) uygun kullanması gereklidir⁹⁷. Bu doğrultuda, çocuğun menfaati unsuru sosyal medyada çocuğun kişisel verileri kullanılırken de dikkate alınmalıdır.

Velayet hakkının, çocuğun menfaatine uygun kullanılması yükümlülüğü, velilere çocuğun kişiliğine saygı gösterip, kişiliğinin gelişmesine katkıda bulunma görevi de yükler. Velayet hakkına sahip olan ebeveynler, hem üçüncü kişiler tarafından çocuğun kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı fiillere karşı koymalı, hem de kendileri çocuğun kişiliğine zarar verebilecek davranışlardan kaçınmalıdır⁹⁸.

Velilerin bu hakkı kullanırken çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü hallerde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkimin, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacağı düzenlenmiştir (TMK. m. 346). Koruma önleminin alınması herhangi bir ilgilinin başvurusu üzerine olabileceği gibi hakim tarafından resen de alınabilir⁹⁹. Hâkimin alınacak tedbirin türü ve niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisi bulunur¹⁰⁰.

Hâkim sadece Türk Medeni Kanunu'ndaki tedbirleri değil, Çocuk Koruma Kanunu ve Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun gibi farklı hukuki düzenlemeleri de uygulayabilir.

Tedbirlerin alınması için ana babanın kusurlu olması gerekli değildir. Zira bu tedbirler anne babayı cezalandıracak bir yaptırım olması için değil, çocuğun menfaatinin korunması amacıyla alınmaktadır. Ancak ebeveynlerin

⁹⁷ Dural/Öğüz, s. 371; Öztan (2015), s. 1075; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 185; Grassinger, s. 20; Akyüz, s. 259; Usta, s. 94; Yücel, s. 33; Erdoğan, s. 2461; Bozkurt, s. 89; Özcan Büyüktanır, s. 258.

⁹⁸ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 182-183; Grassinger, s. 66; Özcan Büyüktanır, s. 63.

⁹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 371; Öztan (2015), s. 1152; Akyüz, s. 266-277; Usta, s. 174.

¹⁰⁰ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 198; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 371; Öztan (2015), s. 1103, 1133; Usta, s. 166; Akyüz, s. 269; Yücel, s. 78; Üstün, s. 720; Özcan Büyüktanır, s. 269.

kusurlu olması alınacak tedbirin niteliğini etkileyebilir¹⁰¹. Bu doğrultuda çocuk açısından sakınca oluşturan bir sosyal medya hesabı açılması veya verilerin kendi sosyal medya hesaplarında paylaşılması halinde, hâkim ilgili sosyal medya hesabının kapatılmasına, verilerin silinmesine, çocuğun verilerinin bir daha kullanılmamasına karar verebilir. Hâkim önlemlere karar verirken ölçülülük ilkesine uygun davranmalıdır¹⁰². Somut olayda velayet hakkına yapılan müdahalenin gerekliliği ile, velayet hakkına yönelik kısıtlama arasındaki oran, ölçülülük ilkesini oluşturur¹⁰³. Buna göre öncelikle çocuğun korunmasına yetebilecek düzeydeki en hafif tedbirin alınması gerekir. Bu kapsamda hakim ebeveynler ve çocukla gerekirse pedagoğ vasıtasıyla görüşerek, sorunun tespitini yapma, ebeveynlere velayetle ilgili görevlerini hatırlatma ve onları, çocuğun sağlıklı gelişimi için yapılması gerekenler noktasında bilgilendirme, öğütler ve talimatlar verme gibi birinci grup önlemleri alabilir¹⁰⁴. Bu açıklamalar, uyarılar ve talimatların yetersiz olması veya yetersiz olacağına anlaşılması halinde, hâkim daha ağır ve etkili tedbirler alabilir¹⁰⁵. Önlemlerin çocuğa kayyım atanması¹⁰⁶ şeklinde ikinci grup veya çocuğun kuruma

¹⁰¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 371; Serozan (2005), s. 293; Öztan (2015), s. 1133; Grassinger, s. 67; Akyüz, s. 264, 265; Usta, s. 166, 175; Üstün, s. 720; Özcan Büyüktanır, s. 273.

¹⁰² Serozan (2005), s. 292; Öztan (2015), s. 1141; Akyüz, s. 265; Gümüş (2006), s. 180; Usta, s. 164-165, 175; Grassinger, s. 69; Bozkurt, s. 94; Özcan Büyüktanır, s. 64, 256; Yücel, s. 78.

¹⁰³ Özcan Büyüktanır, s. 266.

¹⁰⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 371; Öztan (2015), s. 1141; Gümüş (2006), s. 180; Usta, s. 166; Grassinger, s. 112; Akyüz, s. 272.

¹⁰⁵ Akyüz, s. 265; Grassinger, s. 113; Yücel, s. 79; Özcan Büyüktanır, s. 270.

¹⁰⁶ Hukukumuzda çocuğa atanan kayyım, çocuğun temsil edilmesi veya malvarlığının yönetilmesi için atanmaktadır. Çalışma kapsamımıza giren hallerde çocuğa temsil kayyımı atanacaktır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda yer almamasına karşın İsviçre Medeni Kanunu'nun 308. maddesinde "*kendine özgü kayyımlık*" türü düzenlenmiştir (Gümüş (2006), s. 181; Yücel, s. 14). Bu kayyım, velayet hakkının kullanılması konusunda aileye tavsiyelerde bulunma ve aileyi destekleme gibi faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu tür kayyımlıkta kayyımın görevi somut olay ve şartlara göre farklı nitelik gösterebilir. Kayyım tavsiyeleriyle aileye yol gösterme, ailenin aldığı kararlara katılma, çocuğun kişisel ilişkilerinin gözetimi gibi görevleri yerine getirir. Ancak kayyım anne babanın velayet hakkını ortadan kaldırmamakta, sadece bu hakka gerektiğinde müdahalede bulunmaktadır. (Gümüş (2006), s. 181; Akyüz, s. 276- 277; Yücel, s. 14-15). Gerekli önlemleri alma konusunda geniş takdir

yerleştirilmesi gibi üçüncü grup önlemler yahut velayetin kaldırılması gibi dördüncü grup önlemler şeklinde olması da mümkündür¹⁰⁷.

Hâkimin tedbir kararı alabilmesi için, mutlaka çocuğun menfaatinin tehlikeye düşmüş olması yani ihlalin gerçekleşmiş olması gerekli değildir. Çocuğun menfaatinin zarara uğratabilecek kuvvetle muhtemel bir tehlike de hâkimin gerekli tedbirleri almasına sebep oluşturabilecektir. Ancak tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizse veya düşük olasılıklı bir tehlike varsa, bu tehlike tedbir kararı alınması için yeterli değildir¹⁰⁸. Çocuğun kişilik hakkına saldırı oluşturabilecek muhtemel tehlike hallerinde, velayet hakkına ilişkin bu düzenleme kapsamında tehlikenin önlenmesi istenebileceği gibi, kişilik hakkını koruyucu nitelikteki önleme davasının açılması da mümkündür¹⁰⁹.

Velayet hakkına sahip olan ebeveynin daha önce çocuğun menfaatine aykırı davranışının gerçekleşmiş ve bitmiş olmasına rağmen, bu davranışın tekrar etme riski varsa da hâkimin tedbir kararı alması mümkündür¹¹⁰. Örneğin, çocuğun fotoğraflarını sosyal medyada kullanan anne, daha sonra bu fotoğrafları silmesine rağmen, çocuğun kişilik hakkını zarara uğratabilecek yeni fotoğraflar çekmiş ise, hâkimin müdahalesi söz konusu olabilir. Hâkim, yeni çekilen fotoğrafların sosyal medyada kullanılmaması konusunda velileri uyarmalı, buna rağmen paylaşımda bulunulması halinde paylaşımın silinmesine hükmetmeli, sürekli tekrar eden ve çocuk açısından velayetin kaldırılması sonucunu doğurabilecek kadar ağır nitelikte davranışların yapılması halinde de velayetin kaldırılmasına karar vermelidir. Nitekim, İstanbul'da yaşayan ve 200 bine yakın takipçisine neredeyse her gün çocuklarının fotoğraflarını paylaşan bir anne, eşiyile görülen boşanma davasında, dava süresince çocuklarının velayetini kaybetmiştir. Mahkeme

yetkisine sahip olan hakimin, hukukumuzda da kendine özgü kayyım benzer önlemleri alabilmesi kabul edilmelidir. **Gümüş** (2006), s. 186; Aksi yönde bkz. **Akyüz**, s. 279.

¹⁰⁷ **Serozan** (2005), s. 292; **Öztan** (2015), s. 1144 vd.

¹⁰⁸ **Öztan** (2015), s. 1140; **Grassinger**, s. 67-68; **Özcan Büyüktanır**, s. 271.

¹⁰⁹ **Serozan** (1977), s. 96; **Serozan** (2015), s. 476; **Akipek/Aküntürk/Ateş**, s. 397; **Öztan** (1992), s. 137; **Ayan/Ayan**, s. 72; **Özdemir** (2009), s. 190; **Akyüz**, s. 131; **Yüzer**, s. 156; **Kaya** (2015a), s. 319; **Zorlu**, s. 106; **Özdemir** (2008), s. 587; **Erdemir**, s. 48.

¹¹⁰ **Grassinger**, s. 68.

ayrıca çocukların fotoğraflarının sosyal medyada kullanılmasını da yasaklamıştır¹¹¹.

Velayetin kaldırılması, Medeni Kanun'un 348. maddesinde, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaması ya da bu önlemlerin yetersiz olacağından önceden anlaşılması halinde söz konusu olacak bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Ancak bu önlemin alınmasından önce ölçülülük ilkesine uygun olarak birincil, ikincil ve üçüncül koruma önlemlerine başvurulmalı ya da başvurulmasının yetersiz olacağından anlaşılması gereklidir¹¹². Hükümde velayetin kaldırılması iki durumla sınırlandırılmıştır. Bunlar, ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi ile ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savaştığı halleridir. Bu haller kasıt veya ağır ihmalle işlenen davranış türleridir¹¹³.

Sosyal medyada çocuğun verilerinin kullanılması hali, çocuk hakkında uygunsuz verilerin paylaşarak yükümlülüklerin ağır biçimde savaştığı sonucu doğurabilecek ölçüye ulaşması halinde velayetin kaldırılması ve çocuğa vasi atanmasına yol açabilir. Velinin çocuğun fiziksel, duygusal, cinsel veya sosya-ekonomik yönden istismar edilmiş olması velayetin kaldırılması nedeni oluşturabilir¹¹⁴. Örneğin, ebeveynlerin çocuklarının çıplak görüntülerini, uygunsuz görünebilecek sitelere para karşılığı satması halinde, velayetin kaldırılması ve çocuğun ebeveynlerinden alınması gereklidir. Ancak bu gibi haller dışında, çocuğun masum görüntülerinin, bilgilerinin sosyal medyada kullanılması, çoğunlukla velayetin kaldırılmasını gerektirecek kadar ağır savaştığı ölçüsüne ulaşmayacaktır. Bununla birlikte hâkimin müdahalesine

¹¹¹ “Mahkeme çocuklarını reklam malzemesi yapan blogger annenin iki çocuğunu babaya verdi”, NTV, 30.06.2017, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/mahkeme-cocuklarini-reklam-malzemesi-yapan-blogger-annenin-iki-cocugunubabaya-verdi,qS8Pj79Zc0SNNhjagnJu8A> s.e.t. 14.06.2021.

¹¹² Serozan (2005), s. 292; Öztan (2015), s. 1152; Usta, s. 170, 176; Yücel, s. 79.

¹¹³ Öztan (2015), s. 1155; Grassinger, s. 178.

¹¹⁴ Akyüz, s. 297; Usta, s. 171.

rağmen tedbirlere uyulmamakta direnilmesi, somut olayın özelliklerine göre velayetin kaldırılması sonucunu doğurabilir.

Hakim tarafından alınan önlemlerin durumun değişmesi hâlinde, değiştirilmesi, yeni koşullara uydurulması; velayetin kaldırılması halinde de bunu gerektiren sebebin ortadan kalkması sonucu re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyetin hakim tarafından geri verilmesi mümkündür (TMK. m. 351).

C. TÜRK MEDENİ KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA DÜZENLENEN KİŞİLİĞİN KORUNMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER BAKIMINDAN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nun 24/I. maddesi, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceğini; 25. maddesi de bu hallerde açılacak önleme, durdurma, tespit davalarını ve kararların ilanı imkanını düzenlenmiştir. Kişiliği koruyucu davalarla birlikte tazminat ve vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kazancın iadesinin istenmesi de mümkündür.

Ebeveynlerin çocuklarının fotoğrafını çekmesi, sesini kaydetmesi veya bu verileri kullanması çocuğun kişilik hakkını koruyan davaları açmasına sebebiyet verebilir. Ebeveynlerin sadece çocuklarını değil kendilerinin de ses görüntüsünü kaydetmesi, birlikte çekilen ve kaydedilen ses ve fotoğrafları kullanarak, sosyal medyada paylaşımlarda bulunmaları halinde, çocuk kendi ses ve görüntüsü üzerinde hak iddia ederek kişilik hakkını koruyucu nitelikteki davaları açabilir. Ebeveynlerinin kendi görüntüleri üzerinde tasarruf sahibi olmaları, çocuğun da içinde bulunduğu görüntüleri özgürce kullanmalarına cevaz vermez.

Bu davaları ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, yasal temsilcisinin iznini almaksızın kendi başına açabilir. Ayırt etme gücü olmayan çocuklar bakımından ise yukarıda açıkladığımız şekilde çocuğu temsil eden kişi (vasi/kayıym/diğer veli) tarafından dava açılmalıdır.

Saldırının önlenmesi, durdurulması ve tespiti davalarının açılabilmesi için, saldırının haksız olması yeterlidir, paylaşımı yapan velilerin kusurlu olması gerekmez. Velilerin kusurlu olması ve zararın bulunması halinde ise ayrıca tazminat istenebilir¹¹⁵.

Sosyal medyadaki paylaşımların geniş kitleye hitap etmesi nedeniyle, saldırının sadece durdurulması, tespiti, önlenmesine hükmedilmesi saldırının etkilerinin giderilmesine yeterli olmayabilir. Bu hallerde kişilik hakkına yönelik yapılan müdahalenin toplumda yarattığı etkinin giderilmesi için hâkim durdurma, önleme ve tespit kararı dışında, zarar gören dilerse bu kararların ilanını da yapacaktır (TMK. m. 25/II). Hâkim, burada kararın ilanına resen karar veremez, zarar gören tarafından bu yönde talep bulunması gereklidir¹¹⁶. Kararın sosyal medyada, televizyonda, yazılı basında vb. yollarla ne kapsamda yayınlanacağına hakim somut olayın özelliklerine göre karar verir¹¹⁷.

Açılan davalarda yargılamasının uzun sürmesi riskine karşılık, davacının ayrıca ihtiyati tedbir istemesi, örneğin ve ihtiyati tedbir olarak dava süresince paylaşımın kaldırılmasını talep etmesi faydalı olacaktır¹¹⁸.

2. Kişilik Hakkına Yönelik Saldırının Önlenmesi

Kişilik hakkına saldırının henüz başlamadığı, ancak eylem ve belirtilere göre saldırının başlaması riskinin bulunduğu hallerde, dava açılarak bu saldırının önlenmesi hâkimden talep edilebilir¹¹⁹. Örneğin, çocuğun fotoğraflarını paylaşma amacını taşıyan bir annenin çocuğunun fotoğraflarını çekmesi halinde, henüz fotoğraflar sosyal medyada paylaşılsa da önleme

¹¹⁵ Büchler, s. 129, N. 16; Siebert, s. 220; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 240, 242; Serozan (1977), s. 96-97; Dural/Öğüz, s. 156, 157, 158; Ayan/Ayan, s. 72, 73; Akyüz, s. 131; Doğan (2001), s. 385; Doğan (2003), s. 395; Zorlu, s. 106; Özdemir (2008), s. 587; Özcan Büyüktanır, s. 195, 216; Aka, s. 252.

¹¹⁶ Dural/Öğüz, s. 159; Helvacı, s. 142; Erdemir, s. 54; Kaya (2015a), s.328.

¹¹⁷ Dural/Öğüz, s. 159; Özdemir (2009), s. 197.

¹¹⁸ Kaya (2015a), s. 323-324.

¹¹⁹ Serozan (1977), s. 96; Dural/Öğüz, s. 157; Serozan (2015), s. 476; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 397; Öztan (1992), s. 137; Ayan/Ayan, s. 72; Özdemir (2009), s. 190; Akyüz, s. 131; Yüzer, s. 156; Kaya (2015a), s. 319; Zorlu, s. 106; Özdemir (2008), s. 587; Erdemir, s. 48; Baskın, s. 126-127; Özcan Büyüktanır, s. 215; Yünlü, s. 305.

davası açılarak bu paylaşımın engellenmesi mümkün olabilir. Davanın açılabilmesi için saldırı riskinin ciddi ve yakın nitelikte olması gereklidir¹²⁰.

Saldırının sona ermiş olmasına rağmen, tekrar etme riskinin kuvvetle muhtemel olduğu hallerde de, saldırının önlenmesini talep edebilir¹²¹. Örneğin, çocuğun sosyal medya hesabında bulunan fotoğraflarının silinmesine rağmen, çekilmiş olan başka fotoğraflarının tekrar yüklenebilecek olması riski var ise, çocuğun ebeveynlerinde bulunan sosyal medyaya yüklenmemiş fotoğraflarının da fotoğrafların bulunduğu aletten silinmesi istenebilir.

3. Kişilik Hakkına Yönelik Saldırının Durdurulması

Kişilik hakkına yönelik devam eden saldırılar halinde, bu saldırının durdurulması hâkimden talep edilebilir¹²².

Davanın açılabilmesi için kişilik hakkına saldırıda bulunulan çocuğun, saldırıdan dolayı zarar görmesi veya korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gereklidir. Bu menfaat maddi olabileceği gibi manevi bir menfaat de olabilir¹²³. Örneğin, çocuğun başkaları önünde küçük düşmesine sebebiyet verebilecek bir videonun sosyal medyada paylaşılması halinde, manevi menfaati zarara uğrayan çocuk bu görüntünün kaldırılmasını isteyebilir.

Saldırıya son verme istemi bazı durumlarda saldırı tehlikesinin önlenmesi talebiyle birlikte de istenebilir¹²⁴. Örneğin, çocuk adına sosyal medya profili açan ve çocuğun resimlerini paylaşan bir ebeveyne mevcut paylaşımların kaldırılması için, saldırıya son verme, çekilmiş ancak henüz paylaşılmamış fotoğraflar için saldırı tehlikesinin önlenmesi talebinde bulunulabilir.

¹²⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 242; Dural/Öğüz, s. 157; Helvacı, s. 128; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 397; Kaya (2015a), s. 319; Özdemir (2009), s. 190; Doğan (2001), s. 378-379; Zorlu, s. 107; Erdemir, s. 48; Aka, s. 254; Özcan Büyüktanır, s. 215; Yünlü, s. 305.

¹²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 241; Özdemir (2009), s. 190; Doğan (2001), s. 384; Zorlu, s. 107; Erdemir, s. 51; Özcan Büyüktanır, s. 216; Yünlü, s. 307.

¹²² Serozan (2015), s. 476; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 395; Öztan (1992), s. 136-137; Dural/Öğüz, s. 156; Ayan/Ayan, s. 73; Akyüz, s. 131; Doğan (2003), s. 392; Özdemir (2009), s. 192; Yüzer, s. 157; Kaya (2015a), s. 321- 322; Zorlu, s. 109; Erdemir, s. 50; Aka, s. 252; Baskın, s. 129; Özcan Büyüktanır, s. 217; Yünlü, s. 309.

¹²³ Özdemir, s. 588; Baskın, s. 130; Özcan Büyüktanır, s. 217.

¹²⁴ Dural/Öğüz, s. 157; Erdemir, s. 52; Özcan Büyüktanır, s. 218; Yünlü, s. 310.

4. Kişilik Hakkına Yönelik Saldırının Tespiti

Sona ermiş saldırının, olumsuz etkilerinin devam ediyor olması halinde, saldırının tespiti talep edilebilir¹²⁵. Bu dava, eda davası açma imkanının bulunmadığı hallerde açılabilir. Aksi halde hukuki yarar yokluğundan tespit talebini reddedilmesi gerekir¹²⁶. Henüz gerçekleşmemiş saldırı hallerinde de tespit davası açılmaz, ancak saldırı tehlikesinin önlenmesi talep edilebilir¹²⁷.

Saldırının üzerinden uzun zaman geçmiş olması sebebiyle, saldırının etkilerinin devam etmiyor olması halinde, tespit davası açılması için gereken hukuki yarar bulunmaz¹²⁸.

5. Maddi ve Manevi Tazminat

Sosyal medyadaki paylaşımlar sebebiyle kişilik hakkı zedelenen çocuk, paylaşımları yapan kusurlu ebeveyninden maddi ve manevi tazminat talep edebilir¹²⁹. Maddi ve manevi tazminatın talep edilebilmesi için haksız fiil koşullarının (hukuka aykırı fiil, zarar, nedensellik bağı, kusur) gerçekleşmiş olması gereklidir¹³⁰.

Maddi tazminat, kişilik hakkına yönelik yapılan saldırının malvarlığında yarattığı eksikliğin giderilmesi için açılan dava türüdür¹³¹. Örneğin, çocuk hakkında ebeveynin yapmış olduğu aşağılayıcı nitelikteki paylaşım nedeniyle çocuğun bir iş fırsatını kaçırmaması halinde maddi tazminat talep etmesi söz konusu olabilir¹³².

¹²⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 240; Serozan (1977), s. 96; Dural/Öğüz, s. 158; Serozan (2015), s. 476; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 398; Ayan/Ayan, s. 74; Akyüz, s. 131; Yüzer, s. 157-158; Kaya (2015a), s.324; Erdemir, s. 53; Aka, s. 254; Baskın, s. 128; Özcan Büyüktanır, s. 219; Yünlü, s. 314.

¹²⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 398; Ayan/Ayan, s. 75; Zorlu, s. 114; Kaya (2015a), s.324-325.

¹²⁷ Ayan/Ayan, s. 74; Zorlu, s. 112.

¹²⁸ Zorlu, s. 113; Aka, s. 255.

¹²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 253; Serozan (1977), s. 97; Dural/Öğüz, s. 161; Serozan (2015), s. 477; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 404; Yüzer, s. 159 Kaya (2015a), s. 333; Özdemir (2008), s. 589; Erdemir, s. 55; Durak, s. 112-113; Baskın, s. 131; Yünlü, s. 328, 334.

¹³⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 405, 410; Öztan (1992), s. 140; Ayan/Ayan, s. 63; Zorlu, s. 115; Kaya (2015a), s.333; Baskın, s. 133, 138.

¹³¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 248; Ayan/Ayan, s. 76; Zorlu, s. 115.

¹³² Aka, s. 257.

Manevi tazminat davası ise, kişilik hakkına yönelik müdahale sebebiyle uğranılan elem, acının telafisini sağlamak amacıyla bir miktar para ödenmesi amacıyla açılan dava türüdür¹³³. Bununla birlikte elem ve acı duyamayan kişilerin de manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmektedir¹³⁴.

Hâkim somut olayın özelliklerine ve kişilik hakkına yönelik müdahalenin ağırlığı, süresi ve failin kusurunun ağırlığına göre manevi tazminat olarak ödenecek parayı belirleyecektir¹³⁵. Hâkimin, manevi tazminatın para olarak ödenmesi yerine, saldırıyı kınayan bir karar vermesi, bu kararın yayımlanmasına hükmetmesi gibi farklı bir giderim biçimi kararlaştırması veya para ödenmesiyle birlikte farklı bir giderime de hükmetmesi mümkündür (TBK. m. 58/II). Örneğin, hâkim, kişilik hakkı zedelenen çocuktan özür dilenmesi ve bunun da sosyal medyadan paylaşılmasına karar verebilir.

6. Sosyal Medya Hesabı Sayesinde Elde Edilen Kazancın Vekaletsiz İş Görme Hükümlerine Göre İadesi

Sosyal medya günümüzde sadece sosyalleşme amacıyla kullanılmamakta, para kazanma imkânı da tanımaktadır. Bu nedenle kişiler başkaları tarafından beğenilebileceğini düşündüğü paylaşımlar yaparak, takipçi sayılarını arttırmaya çalışarak reklam geliri elde etmeye çalışmaktadırlar. Masum, sevimli bebek ve çocuk görüntüleri ile bu konulardaki paylaşımlar sosyal medyada oldukça popülerdir. Bu nedenle çocukların görüntüleri sosyal medyada sıklıkla kullanılmaktadır. Ebeveynlerin bu şekilde çocukları adına hesap açarak veya kendi hesaplarında çocuklarının görüntülerini paylaşarak takipçi sayılarını ve profil görüntülenme sayılarını arttırması, daha sonra firmalar tarafından reklam verilmesiyle para kazanmalarına olanak sağlamaktadır. Bu durumda elde edilen bu gelir kimin olmalı sorusu sorulmalıdır.

¹³³ **Ruedin, Philippe/Christen, Urs** (2002) Das Schweizerische Obligationenrecht OR ausführlich kommentiert und erklart, 3. überarbeitete, Zürich, Beobachter, s. 97; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 249; **Serozan** (1977), s. 97; **Dural/Öğüz**, s. 162; **Yüzer**, s. 160; **Zorlu**, s. 116-117; **Kaya** (2015a), s. 339; **Erdemir**, s. 56; **Baskın**, s. 136.

¹³⁴ Yargıtay, elem ve acı duyamayan tüzel kişilerin dahi manevi tazminat isteyebileceklerini kabul etmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2001/4164, K: 2001/8421, T: 24.9.2001, Kazancı İçtihat Bankası.

¹³⁵ **Ruedin/Christen**, s. 97-98; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 250; **Yüzer**, s. 162; **Erdemir**, s. 57.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan çocukların kendilerinin elde edebileceği bir kazancı saldırı sayesinde fail elde etmiş ise, bu kazancın maddi tazminat kapsamında failden talep edilmesi mümkündür. Mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı fail saldırı sayesinde elde etmiş ise, mağdur bir zarara uğramadığından maddi tazminat talep edemez. Bu durumda mağdurun vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında kazancın iadesini talep etmesi mümkündür¹³⁶. Örneğin, fotoğrafını çekip, sosyal medyada bunu paylaşamayacak kadar küçük çocuklar bakımından, vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilecektir. Bu davanın açılabilmesi için ebeveynin kusuru aranmaz¹³⁷.

Bir kişinin hukuken yetkisi veya yükümlülüğü olmaksızın başka bir kişinin veya kendi menfaati için başka bir kişinin işini görmesinden kaynaklanan hukuki ilişki vekaletsiz işgörmeyi oluşturur. Vekaletsiz işgörmeye taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmaz, kanuni bir borç ilişkisi bulunmaktadır¹³⁸.

Vekaletsiz işgörme “*gerçek vekaletsiz işgörme*” ile “*gerçek olmayan vekaletsiz işgörme*” olarak ikiye ayrılmaktadır. İşgören kişinin iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine göre yahut iş sahibinin bir yasaklamasına aykırı olmayacak şekilde iş görmesi halinde gerçek vekaletsiz işgörme bulunur¹³⁹. İşgören kişinin başkasının işini haksız ve kötüniyetli olarak kendi menfaatine görmesi halinde gerçek olmayan vekaletsiz işgörme söz konusu olacaktır. Kişilik hakkına saldırı sonucu elde edilen kazancı gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hükümlerine göre istenmesi gerektiği genellikle kabul

¹³⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E: 2001/10199, K: 2002/1371, T: 7.2.2002, Kazancı İçtihat Bankası; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 256; **Serozan** (2015), s. 477; **Dural/Öğüz**, s. 159-160; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 412; **Öztan** (1992), s. 142; **Akyüz**, s. 132; **Özdemir** (2009), s. 201; **Yüzer**, s. 163; **Kaya** (2015a), s.350; **Zorlu**, s. 105, 121; **Erdemir**, s. 59; **Aka**, s. 255.

¹³⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 256; **Özdemir** (2009), s. 204.

¹³⁸ **Eren, Fikret** (2018) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 897; **Gümüş, Mustafa Alper** (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 217.

¹³⁹ **Eren**, s. 898-899; **Gümüş** (2012), s. 217; **Yünlü**, s. 343. Gerçek vekaletsiz işgörme, caiz ve caiz olmayan gerçek vekaletsiz işgörme olarak da ayrılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 898 vd.; **Gümüş** (2012), s. 219 vd.

edilmektedir¹⁴⁰. Ancak ebeveynler tarafından açılan bu hesap çocuğun borç altına girmediği ve çocuğun menfaatine olarak gelir elde edip, çocuk mallarına katılmak amacıyla yapılsa, yasal temsilcilerin burada çocuğun temsilcisi sıfatıyla hareket ettikleri düşünülebilir.

Açılan sosyal medya hesabında çocuğun resim, ses gibi değerleri kullanılarak reklam geliri elde etmesi ancak bu gelirin, anne babanın şahsi hesaplarına katmak amacıyla yapılması halinde gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeden söz edilmelidir. Ebeveynler reklam gelirlerini çocuk adına kullanmak amacıyla edinse dahi, çocuk adına ayrı bir hesap açarak bu paraları o hesaba yatırmadığı sürece, bu paralar kendi şahsi malvarlıklarına karışacaktır. Bu nedenle bu hallerde gerçek olmayan vekaletsiz işgörme bulunduğu kabul edilmelidir.

Doktrindeki baskın görüşe göre, gerçek olmayan vekaletsiz işgörme hukuki olarak aslında haksız fiil oluşturur. Bu nedenle iki ve on yıllık haksız fiil zamanaşımı süresi içerisinde kazancın geri verilmesi talep edilmelidir¹⁴¹.

Adına sosyal medya hesabı açılan çocuk, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları yani bu hesap sayesinde elde edilen gelirleri talep etme hakkına sahiptir. Ancak anne babasının iş görürken yapmış oldukları masrafları ve giriştiği borçları zenginleştiği ölçüde karşılamakla yükümlüdür (TBK. m. 530).

Gerçek vekaletsiz işgörmede iş sahibinin yapılan işi uygun bulması halinde de vekalet hükümleri uygulanacaktır (TBK. m. 531). Burada ayırt etme gücü bulunan çocuk, işi uygun bulabileceği gibi, ayırt etme gücü olmayan çocuğu temsil eden kişinin işi uygun bulması da mümkündür.

¹⁴⁰ Eren, s. 909; Serozan (2015), s. 477; Dural/Öğüz, s. 160; Öztan (1992), s. 142; Gümüş (2012), s. 234-235; Özdemir, s. 590; Erdemir, s. 59; Aka, s. 255.

¹⁴¹ Eren, s. 913; Aka, s. 256. Görüşler için bkz. Gümüş (2012), s. 240-241.

D. 6698 SAYILI KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDA KİŞİLİĞİN KORUNMASI

1. Kişisel Veri Kavramı ve Kanun'un Uygulama Alanı

Anne babaların çocuklarının görüntü, ses, konum gibi bilgilerini sosyal medyada kullanması, ayrıca çocuğun kişisel verilerinin de işlenmesi anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda sadece Medeni Kanun anlamında kişilik hakkının korunması değil, 6698 Sayılı Kanun düzenlemeleri doğrultusunda da koruma hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir.

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na göre, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veri oluşturur (6698 S. K., m. 3/I, d). Bu kapsamda çocukların sosyal medyada fotoğraf, isim, doğum tarihleri, adresleri, eğitim bilgileri, cinsiyeti, dini, kimlik numarası, sesi, görüntüsü gibi her türlü bilgi, kanun kapsamında kişisel veri oluşturacaktır¹⁴². Çocuklarının kişisel verilerini kullanan ebeveynler de, veri işleyen konumundadır¹⁴³.

Kişisel veri kapsamındaki değerlerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem, 6698 Sayılı Kanun kapsamında kişisel verilerin işlenmesini oluşturmaktadır. Bu sebeple, ebeveynlerin çocuğun kişisel verisini oluşturan değerlerin bir yerde kayıt edilmesi de kişisel verinin işlenmesi kapsamına girmektedir. Ancak 6698 Sayılı Kanun, kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi halinde uygulanmamaktadır (6698 S.K. m. 28/I, a). Bu durumda anne babanın çocuğun kişisel verilerini sosyal medyada başkalarıyla paylaşmadan, kendi aralarında kullanmak için işlemesi halinde, 6698 Sayılı Kanun uygulama

¹⁴² Kaya (2015a), s. 31; Yünlü, s. 470.

¹⁴³ Üstün, s.714.

alanı bulmayacaktır. Ancak çocukların kişisel verilerinin anne babaları tarafından sosyal medyada kullanılması bu istisna kapsamına girmemekte ve Kanun kapsamında kişisel verilerinin işlenmesini oluşturmaktadır¹⁴⁴.

Kanun kapsamında kişisel verilerin işlenmesinde, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkelerine uygun davranılması gerekmektedir (6698 S. K. m. 4/II).

2. Kişisel Verilerin İşlenebilmesi İçin Gerekli Rıza Koşulu

2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün¹⁴⁵ 8. maddesinde, 16 yaşından küçük çocuklar için çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından rıza verilmesi veya onaylanması halinde kişisel verilerinin işlenebileceği düzenlenmiştir. Ancak çalışma konumuzu oluşturan, çocukların kişisel verilerinin ebeveynleri tarafından kullanılması halinde, rızanın kimden alınacağı hususu düzenlenmemiştir.

6698 Sayılı Kanun rıza bakımından Avrupa Birliği Tüzüğündeki gibi bir yaş belirlemesi yapmamıştır. Ancak kişisel verilerin işlenebilmesi için kural olarak ilgili kişinin açık rızasının gerektiği belirtilmiştir (6698 S.K., m. 5). Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması için de, ilgili kişinin açık rızası olmalıdır (6698 S.K., m. 9/I). Rızanın verilmesinde özel bir şekil şartı aranmadığından, bu rızanın sözlü, yazılı veya elektronik ortamda kayıt edilebilecek şekilde verilmesi mümkündür¹⁴⁶. Ancak rızanın ilgili kişinin iradesinin tereddütten uzak şekilde

¹⁴⁴ Erdoğan, s. 2452; Üstün, s. 716.

¹⁴⁵ <<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>> s.e.t. 10.01.2021.

¹⁴⁶ Saka, Rıza/Çağlayan, Ramazan/Koca, Mahmut (2020) Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası, Ankara, Seçkin, s. 30; Çekin, Mesut Serdar (2020) Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 89; Baskın, s. 117.

açıkça onay vermesi şeklinde olması, hangi konuda verildiğinin belirli olması gerekir. Susma, itiraz etmeme gibi davranışlar geçerli bir rıza sayılmayacaktır¹⁴⁷.

Rızayı kimin vereceği konusunda “*Rıza*” başlığı altında ifade ettiğimiz açıklamalar geçerlidir. Ayırt etme gücü olan çocuklar, kendileri kişisel verilerinin kullanılmasına izin verebilir¹⁴⁸. Ayırt etme gücü olmayan çocuklar için kural olarak rıza velayet hakkına sahip olan ebeveynler tarafından verilmelidir¹⁴⁹. Ebeveynin verdiği rıza çocuğun menfaatine aykırılık taşıyorsa da uygun görülmemelidir¹⁵⁰. Örneğin, müstehcen internet sitelerinde çocuğun fotoğraflarının kullanılmasına rıza gösteren ebeveynin rızası geçerli değildir.

Verilen rızanın her zaman geri alınması da mümkündür. Çocuk adına veli tarafından verilen rızanın, reşit olduktan sonra kişisel verileri kullanılan kişi tarafından alınması da mümkündür¹⁵¹. Rızanın geri alınması halinde veri sorumlusu verilen rızaya göre gerçekleştirdiği davranışları sona erdirmeli ve verileri imha etmelidir¹⁵².

Kanun bazı durumlarda rıza olmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği halleri de düzenlemiştir. Bu haller; verilerin işlenebilmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi; fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için verinin işlenmesinin zorunlu olması; bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması; veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması; ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması; bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri

¹⁴⁷ Özdemir (2009), s. 128; Saka/Çağlayan/Koca, s. 30; Küzeci, s. 265-266; Baskın, s. 115-116; Üstün, s. 716; Yünlü, s. 481. Basit nitelikli kişisel veriler için zımnî olarak verilen rızaların da geçerli kabul edilmesi, hassas veriler için zımnî rıza verilemeyeceği şeklinde kabulün yapılması yönünde bkz. Çekin, s. 85.

¹⁴⁸ Çekin, s. 87. Çocuğun 16 yaşından küçük olduğu hallerde rızanın yasal temsilci tarafından verilmesi gerektiği konusunda bkz. Küzeci, s. 274.

¹⁴⁹ Saka/Çağlayan/Koca, s. 136.

¹⁵⁰ Erdoğan, s. 2463.

¹⁵¹ Çekin, s. 97; Küzeci, s. 273.

¹⁵² Saka/Çağlayan/Koca, s. 31, 77 vd.; Çekin, s. 98.

işlemenin zorunlu olması ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olmasıdır (6698 S. K. m. 5/II).¹⁵³

3. Çocuğun Kişisel Verisinin 6698 Sayılı Kanun Kapsamında Sosyal Medyadan Kaldırılması Prosedürü

6698 Sayılı Kanun'un 7. maddesinde, Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel verilerin resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silineceği, yok edileceği veya anonim hale getirileceği¹⁵⁴ düzenlenmiştir. Kanun'un 11/I, e bendine göre de, herkesin veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili 7. maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında, ayırt etme gücü bulunan çocuk veya ayırt etme gücü olmayan çocuklar adına onu temsil eden kişi veri sorumlusuna başvurarak sosyal medyadaki kişilik hakkına saldırı oluşturan paylaşımların silinmesi veya yok edilmesi isteyebilir. Silme veya yok etme konusunda hangi yöntemin seçileceği veri sorumlusunun takdirine bırakılmıştır¹⁵⁵.

Veri sorumlusu olarak ifade edilenler, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olan, sosyal medya platformlarının kendisidir (6698 S.K. m. 3/I, 1).

Çocuğun kişilik hakkına müdahale oluşturan paylaşımların kaldırılması için veri sorumlusuna, ilgili kişinin yazılı olarak veya Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun (Kurul) belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletmesi

¹⁵³ Kanun'un 28. maddesinin I. fıkrasında Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı kamu güvenliğini sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi gibi başka istisna halleri de bulunmaktadır.

¹⁵⁴ Silme, yok etme ve anonim hale getirme kavramları ve yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Saka/Çağlayan/Koca*, s. 47 vd.; *Çekin*, s. 158-159.

¹⁵⁵ *Saka/Çağlayan/Koca*, s. 70; *Çekin*, s. 160. Anonim hale getirme yönünde seçim hakkı ilgili kişiye nedense tanınmamıştır. Bu konudaki eleştiri için bkz. *Çekin*, s. 160.

gerekir. Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede sonuçlandırır. Veri sorumlusunun talebi kabul etmesi veya gerekçesini açıklayarak reddetmesi mümkündür. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir (6698 S.K. m. 13). Veri sorumlusunun ilgilinin başvurusunu reddetmesi , verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde, ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her hâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kurul'a şikâyette bulunabilir. Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı ayrıca saklı tutulmuştur (6698 S.K. m. 14).

Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapar. Veri sorumlusunun, Kurulun istemiş olduğu ve devlet sırrı niteliğinde olmayan bilgi ve belgeleri on beş gün içinde göndermek ve gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorunluluğu bulunmaktadır. Kurul, şikâyet üzerine talebi inceleyerek altmış gün içinde ilgililere bir cevap verir. Bu süre içinde cevap verilmemesi, talebin reddettiği sonucunu doğurur. Kurul'un ihlalin varlığına karar vermesi halinde, tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek ilgililere tebliğ eder. Bu kararın, tebliğden itibaren en geç otuz gün içinde yerine getirilmesi gereklidir (6698 S.K. m. 15).

Kurul kararını yerine getirmeyenler için 6698 Sayılı Kanun, idari para cezası öngörmüştür (6698 S.K. m. 18/I, c). Ayrıca, Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların, görevlerini yerine getirmemeleri halinde Türk Ceza Kanunu'nun 138. maddesi uyarınca hapis cezası verilir.

4. Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı, kişilerin internette yapılan aramalarda kendileriyle ilgili derlenen sonuçlar içerisinde, bilgi, fotoğraf, belge gibi kişisel verilerin kaldırılmasını isteme hakkıdır¹⁵⁶. 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğünde, kişilerin kendisiyle ilgili kişisel verilerin herhangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin silinmesini, bu kapsamda dijital ayak izlerinin

¹⁵⁶ Saka/Çağlayan/Koca, s. 216; Yünlü, s. 393-394.

de silinmesini kontrolörden¹⁵⁷ talep etme hakkı (“*unutulma hakkı*”) bulunmaktadır (ABGVKT. m. 17).

Unutulma hakkı ilk olarak 2014 yılında Mario Costeja Gonzalez’in Google karşı açtığı bir davada¹⁵⁸ Avrupa Adalet Divanı tarafından kabul edilmiş daha sonra ABGVKT’nde de düzenlenmiştir. Tüzüğün ilgili maddesi sadece Avrupa Birliği ülkelerinde geçerli kabul edilmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, “*Google*”ın Avrupa Birliği dışındaki ülkelerde bu hakkı uygulamak zorunda olmadığına hükmetmiştir¹⁵⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararının ülkemizde uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır. 6698 Sayılı Kanun’da da unutulma hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa’nın 20. maddesi doğrultusunda kişiler verilerin korunması Anayasal bir haktır¹⁶⁰. 6698 Sayılı Kanun’un 7. maddesi, unutulma hakkına benzer sonuç doğuracak bir düzenleme içermektedir. Bu hüküm kapsamında, çocuğun sosyal medyada kullanılan kişisel verilerinin, arama motorlarında da silinmesi mümkündür. Ancak, kişisel veriler 6698 Sayılı Kanun’un 28. maddesi kapsamındaki istisnalardan biri sebebiyle işlenmekte ise, verilerin silinmesi talep edilemeyecektir. Yargıtay’ın da “*unutulma hakkını*” kabul ettiği kararları mevcuttur¹⁶¹.

¹⁵⁷ Kontrolör, yalnız başına veya başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaçlar ve yöntemleri belirleyen gerçek veya tüzel kişidir. (ABGVKT. m. 4, paragraf 7).

¹⁵⁸ Bu davada Mario Costeja Gonzalez, Google arama motoruna ismi yazıldığında çıkan sonuçta, 16 yıl önceki bir gazete haberinin yer aldığı; bu haberde davacının borçları sebebiyle taşınmazının haczedildiği ve satışı çıkarıldığı bilgisinin bulunduğu, meselenin çözülmesine rağmen hala Google arama sonuçlarında bu haberin yer almasının önlenmesi için mahkemeye başvurmuştur.

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d539ca09df9dee447c9077ff85fcb9b8a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOc310?text=&docid=152065&pageIn dex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=36797>> s.e.t. 04.02.2021.

¹⁵⁹ AB Mahkemesinden İnternette ‘Unutulma Hakkı’ Kararı, Anadolu Ajansı, 24.09.2019, <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ab-mahkemesinden-internette-unutulma-hakki-karari/1592366>> s.e.t. 16.07.2020.

¹⁶⁰ **Saka/Çağlayan/Koca**, s. 42; **Yünlü**, s. 400.

¹⁶¹ “*Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. (...) Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte*

SONUÇ

Sosyal medyada her gün milyonlarca paylaşım yapılarak, kişilerin adı, resmi, sesi, özel hayatı gibi kişisel verileri diğer insanların bilgisine sunulmaktadır. Kişiler sadece kendilerine ilişkin verileri değil, çocuklarının da kişilik hakkı kapsamında korunan bu verilerini sosyal medyada kullanabilmektedir.

Kural olarak kişilik hakkına kapsamına giren değerlere yönelik müdahaleler, hukuka uygunluk nedeni bulunmaması halinde haksız saldırı teşkil eder. Hukuka uygunluk sebeplerinden rızanın, ayırt etme gücü bulunan çocuklar bakımından, çocuğun kendisi tarafından verilmesi gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocukların kişisel hakkına giren değerlerinin kullanılabilmesine dair rıza ise, velayet hakkına sahip ebeveynler tarafından verilmelidir. Ancak velayet hakkı, çocuğun menfaatine aykırı kullanılmamalıdır. Çocuğun menfaatine aykırı olmayan şekilde veliler tarafından çocuğun kişilik değerlerinin kayıt altına alınması, paylaşılması gibi hallerde çocuğun kişilik hakkına saldırı bulunmaz. Ancak, çocuğun kişisel verilerinin çocuğun menfaatine aykırı şekilde kullanılması halinde, kayıt altına alma, paylaşma gibi fiilleri gerçekleştiren anne babanın kendi fiillerini hukuka uygun hale getirebilecek şekilde rıza göstermesi kabul edilmemelidir.

Sosyal medyada çocuk adına hesap açılması, görüntü ve bilgilerinin paylaşılması (hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı sürece) kişilik hakkının ihlali oluşturarak, kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanılmasına yol açacaktır. Bu kapsamda kişilik hakkına saldırıda bulunan veliye karşı önleme, durdurma, tespit davaları açılabilir, kararların ilanı istenebilir. Ayrıca zararın meydana gelmesi halinde ebeveynden maddi ve manevi tazminat

yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2014/4-56, K: 2015/1679, T: 17.6.2015, Kazancı İçtihat Bankası. Yargıtay 5651 Sayılı Kanun’un 9. maddesi kapsamında da unutulma hakkını kabul ederek internet erişiminin engellenmesi yönünde kararlar vermiştir. Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E: 2018/7735, K: 2018/13080, T: 10.12.2018; Yargıtay 19. Ceza Dairesi, 2019/23945, K: 2019/7563, T: 29.4.2019, Kazancı İçtihat Bankası.

istenebileceği gibi, paylaşımlar sayesinde gelir elde edilmesi halinde, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kazancın iadesi de talep edilebilir.

Sosyal medyada çocuğun kişisel verilerinin kullanılması velayet hakkı bakımından da çeşitli sonuçlar doğurabilir. Hâkim, velayet hakkı kullanılırken çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye düşmesi ve ana ve babanın bu duruma çare bulamaması sebebiyle çocuğun korunması için ölçülülük ilkesine göre uygun önlemleri alabilir.

Sosyal medyada çocuk hakkında yapılan paylaşımlar, 6698 Sayılı Kanun kapsamında kişisel veri oluşturduğundan, bu Kanun hükümleri doğrultusunda paylaşımların resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi de mümkündür.

KAYNAKÇA

- Aebi-Müller, Regina E.** (2016) “Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG”, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 3, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG.
- Aka, Beyza** (2017) “Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunma Yolları”, İzmir Barosu Dergisi, C: 82, S: 2, s. 231-287.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman Derya** (2011) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 13. Baskı, İstanbul, Beta.
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2014) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 12. Baskı, İstanbul, Beta.
- Akkurt, Sinan Sami** (2017) “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış” SÜHFD, C: 25, S: 2, s. 329-373.
- Akyüz, Emine** (2012) Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Pegem Akademi.
- Atasoy, Kemal** (2016) “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 22, S: 3, s. 269-301.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen** (2007) Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Konya, Mimoza.
- Baskın, Onur** (2021) Türk Hukuku Bakımından Kişilik Hakkı Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Seçkin.
- Bozkurt, İkbâl** (2010) “Velinin Velayetten Doğan Hak Görev Ve Yetkileri”, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Büchler, Andrea** (2016) “Art 28” Kostkiewicz, Jolanta Kren, Wolf, Stephan, Amstutz, Marc, Fankhauser, Roland, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar 3., überarbeitete Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag AG.
- Çekin, Mesut Serdar** (2020) Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Davis, Matthew M. / Clark, Sarah J. / Singer, Dianne C./ Matos-Moreno, Amilcar/ Kauffman, Anna Daly/ Hale, Katrease** (2015) “Parents on social medis: Likes and dislikes of sharing” Mott Poll Report <<https://mottpoll.org/reports-surveys/parents-social-media-likes-and-dislikes-sharenting>> s.e.t. 10.01.2021.
- Doğan, Murat** (2001) “Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (eski adı Erzurum Atatürk Üniversitesi), C: V, S: 1-4, s. 369-420.
- Doğan, Murat** (2003) “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E., 755/K. 1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde), Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (eski adı Erzurum Atatürk Üniversitesi), C: VII, S: 1-4, s. 387-406.
- Durak, Yasemin** (2014) “İnternet Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı Ve Hukuki Korunma” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 22, S:1, s. 101-125.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2020) Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper** (2021), Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Duygulu, Serap** (2019) “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafi Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, TRT Akademi, C:4, S: 8, s. 428-487.

- Erdemir, İrem** (2019) Kişilik Hakkının İnternet Ortamında İhlali (Yüksek Lisans), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Erdoğan, Canan** (2019) “Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması (Sosyal Medya Örneği Kapsamında)” D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C: 21, Özel S., s. 2445-2467.
- Eren, Fikret** (2018) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Grassinger, Gülçin Elçin** (2009) Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Çocuğun Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK. md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul, On İki Levha.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2006) Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul, Vedat.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, 2. Bası, İstanbul, Vedat.
- Hatemi, Hüseyin/ Kalkan Oğuztürk, Burcu** (2018) Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Helvacı, Serap** (2001) Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, Beta.
- İmre, Zahit** (1974) “Şahsiyet Haklarının Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, İÜHFM., C: 39, S: 1 – 4, s. 147-168.
- İşgüzar, Hasan** (1990) “3444 Sayılı Kanunla Değiştirilen Borçlar Kanunu’nun 49. Maddesine Göre Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, ABD, S: 6, s. 855-876.
- Kaya, Mine** (2015a) “Elektronik Ortamda Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunması” (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kaya, Mine** (2015b) “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:119, s. 277-306.

- Küzeci, Elif** (2020), *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, İstanbul On İki Levha.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saime** (2016) *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 16. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Özcan Büyüktanır, Burcu G.** (2019) *Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması*, Ankara, Yetkin.
- Özdemir, Hayrünnisa** (2008) “ Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması” , AÜHFĐ, C: 57, S: 3, s. 561-598.
- Özdemir, Hayrünnisa** (2009) *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara, Seçkin.
- Öztan, Bilge** (1992) *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, 4. Baskı, Ankara, Turhan.
- Öztan, Bilge** (2015) *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Turhan.
- Öztürk, Aslıhan Burcu** (2009) “Çocuğun Cinsel İstismarı ve Aileyle Çalışma”, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, C: 20, S: 2, s. 89-98.
- Petek, Hasan** (2015) *Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması*, Ankara, Yetkin.
- Ruedin, Philippe/Christen, Urs** (2002) *Das Schweizerische Obligationenrecht OR ausführlich kommentiert und erklart*, 3. überarbeitete, Zürich, Beobachter.
- Saka, Rıza/Çağlayan, Ramazan/Koca, Mahmut** (2020) *Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası*, Ankara, Seçkin.
- Serozan, Rona** (1977) “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 11, S: 14, s. 93-112.
- Serozan, Rona** (2005) *Çocuk Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul, Vedat.
- Serozan, Rona** (2015) *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Vedat.

- Siebert, Wolfgang** (1958) NJW 11. Jahrgang Heft 36, (Çeviren: Öztan, Bilge (1969) Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler, AÜHFĐ, C: 26, S: 1, s. 217-230.
- Steinberg, Stacey B.** (2017) “Sharenting: Children’s Privacy In The Age Of Social Media”, University of Florida Levin College of Law UF Law Scholarship Repository
<<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1796&context=facultypub>> s.e.t. 7.7.2020, s. 839-884.
- Usta, Sevgi** (2012) Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul, On İki Levha.
- Üstün, Özge** (2020) “Sosyal Medyada Çocuk Hakları İhlali: Paylaşanebeveynlik” Legal Hukuk Dergisi, C: 18, S: 206, s. 701-724.
- Yücel, Özge** (2011) Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara, Turhan.
- Yünlü, Semih** (2021) Görüntü Üzerinde Kişilik Hakkı, Ankara, On İki Levha.
- Yüzer Eltimur, Dilara** (2019) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın Ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul, On İki Levha.
- Yüzer, Dilara** (2013) 1982 Anayasası’nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Ankara, Yetkin.
- Zorlu, Süheyla** (2010) “İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması” (Yüksek Lisans) Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

TTK M. 1530/1 BAĞLAMINDA TİCARİ HÜKÜMLERLE YASAKLANMIŞ İŞLEMLER*

Arş. Gör. Dr. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU**

ÖZET

TTK m. 1530/1’de ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca; “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanunu’nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.*” Görüldüğü üzere, TBK m 27/2’de hüküm altına alınan kısmi hükümsüzlük yaptırımını TTK m. 1530/1 hükmünde ticari işlere özel ve kendine özgü bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda TTK m. 1530/1 hükmünün ticari işlere dair çoğu uyuşmazlıkta üstlendiği rol ve işlevin üzerinde durulması gerekir. Zira kanun koyucu kesin hükümsüzlük karşısında kısmi hükümsüzlüğün adi işlere nazaran ticari işlerde nasıl uygulanacağına ilişkin hususa ayrı bir önem vermiş olmalıdır. Bu saikle özel bir düzenleme yapma yoluna gidilmiştir. Bu da, söz konusu hükmün genel hüküm karşısındaki uygulama alanının sınırlarının çizilmesi ve açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Bu yüzden özellikle hükmün uygulama alanının belirlenmesi noktasında eksikliği gidermek adına bir inceleme yapma gerekliliği hasıl olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ticari Hüküm, Ticari İş, Kısmi Hükümsüzlük, TTK m. 1530/1, TBK m. 27/2.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.929545 - Geliş Tarihi: 28.04.2021-Kabul Tarihi: 14.07.2021.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, o.z_g.u.n@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9660-4575.

TRANSACTIONS PROHIBITED BY COMMERCIAL PROVISIONS IN THE CONTEXT OF TCC Art. 1530/1

ABSTRACT

Transactions prohibited by commercial provisions are stipulated in TCC Art. 1530/1. In accordance with this provision; *“Unless there is a provision to the contrary, transactions and conditions prohibited by commercial provisions are void. However, contracts exceeding the highest limit set by the law or the competent authorities for the actions to be fulfilled under the contract are deemed to have been made over the highest limit; acts that exceed the limit are withdrawn even if they were not fulfilled by mistake. The second sentence of the second paragraph of Article 27 of the Turkish Code of Obligations does not apply.”* As can be seen, sanction of partial nullity stipulated by TCO Art. 27 appears as a special regulation peculiar to commercial affairs under the provision of TCC Art. 1530/1. In this context, the role and function of the article 1530/1 of the TCC in most commercial disputes should be emphasized. Because the legislator should have given a particular importance to the issue of how to apply the partial nullity in commercial affairs compared to ordinary business. With this purpose, a special regulation has been made. The special regulation requires the determination and clarification of the application area of the relevant provision against the general provision. Therefore, it was necessary to do research in order to eliminate the deficiency especially at the point of determining the purview of the provision.

Keywords: Commercial Provision, Commercial Affair, Partial Nullity, TCC Art. 1530/1, TCO Art. 27/2.

GİRİŞ

“Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir” (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.1/1)¹. Bu bağlamda ticari hükümlerle yasaklanmış işler başlıklı TTK m. 1530/1 uyarınca; *“Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz.”* O halde bu hüküm ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu² m. 27/2 arasındaki hukuki ilişkinin varlığının TTK ile TBK arasındaki hukuki etkileşim ışığında ne şekilde tesis edileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira TBK m. 27/2 uyarınca; *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”* Görüleceği üzere, bu çerçevede nitelikte hükme ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler bakımından bir istisna getirilmiştir. Buna gerekçe olarak taraflar arasında tesis edilen bir hukuki ilişkide ekonomik açıdan zayıf tarafı korumak gösterilmektedir. Bununla birlikte hükmün esasında adi iş-ticari iş ayırımının olağan bir neticesi, onun uzantısı olarak görülmesi gerektiği de söylenebilir.

Bu çalışmada ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler için getirilen bu düzenlemenin varlığı sorgulanarak, hükmün kapsamı incelenmiştir. Bu bağlamda hükmün uygulama alanına girebilecek hususların neler olabileceği hükmün hukuki niteliği çerçevesinde tespit edilmeye çalışılmıştır. Bunun için de kısmi kesin hükümsüzlük yaptırımının TTK m.1530 çerçevesinde ne şekilde

¹ RG: 14/2/2011, Sayı: 27846.

² RG: 4/2/2011, Sayı:27836.

anlaşılması ve uygulanması gerektiği sorunsalına bir çözüm getirilmesi amaçlanmıştır.

I. TTK M. 1530/1'İN HUKUKEN GEREKLİ OLUP OLMADIĞI SORUNSALI

TTK m.1530/1 ile en yüksek sınırı aşan ticari işlemlerin hukuki akıbeti hakkında bir düzenleme yapılmıştır. Evvela bu düzenlemenin gerekli olup olmadığını irdelemekte fayda vardır. Zira TBK m.27 karşısında bu hükmün yeri nedir?³ sorusunun cevaplandırılması gerekir. Bunun için hükmün gerekçesine bakılabilir. Hükmün gerekçesine göre, “*Tasarı, 6762 sayılı Kanununun 1466 ıncı maddesinde öngörülen, ticari hükümlerde belirlenen sınırların aşılması halinde, yapılan sözleşmelerin tamamının geçersiz kılınması yerine, sınırın aşıldığı tutar veya kısımla ilgili kısmi geçersizlik kavramını korumuştur.*” O halde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴ m.1466 hükmünün gerekçesi bize yol gösterebilir. Buna göre⁵, “*Birtakım akitlerin veya hukuki muamelelerin yapılmalarının caiz olmadığı veya birtakım hukuki muameleleri yapanların şu veya bu cezalara çarptırılacakları şeklinde hükümler derpiş eden kanunların tatbikatında bilhassa ilk zamanlarda birtakım tereddütler hissedilmektedir. Halbuki hususi hükümden aksi anlaşılmadıkça yapılması caiz olmadığı bildirilen veyahut sadece yapanların ceza göreceği bildirilen muamelelerin Borçlar Kanunu'nun 20 inci maddesi hükmünce bâtil sayılmaları esastır. Birinci cümle bu noktada tereddütleri kaldırmaktadır. Gerçekten ticari olmayan muameleler hakkında da durum aynıdır ve bu cihet Borçlar Kanunu'nun 20 inci maddesine ait ilmi*

³ Bu soruyu sormamızdaki amaç hükmü TBK m.27'nin bir tekrarı olarak (doğrulayan) gören yazarların olmasından ileri gelmektedir. *Bu açıdan bkz. Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, Nedret Füsün (2019) Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 120. Bununla birlikte Kaya, TTK m.1530/1 hükmünün, TBK m.26 ve 27 hükümleri ile paralellik arz ettiğini; ancak birtakım istisnaların öngörüldüğünü haklı olarak dile getirmektedir. Bkz. Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 120 vd. Hükmün TBK m.27/1 ile yakından ilgili olduğu yönünde bkz.Bozer, Ali/Göle, Celal (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, BTHAE, s. 290.*

⁴ RG: 9/7/1956, Sayı: 9353.

⁵ **Türk Ticaret Kanunu Lahiyası ve Adliye Encümeni Mazbatası** (1/150), 17.11.1951, S:198, s. 426.

eserlerden anlaşılmaktadır. Fakat burada sadece ticari hükümlerle konulan yasakların müeyyidesi için açık hüküm konulması kâfi görülmüş ve muhalif mefhum yoluyla ticari olmayan muameleler sahasında aksi neticeye varılmaması için bu cihet burada belirtilmiştir.”

Bu hükmün düzenlenmesinin amacı, en yüksek haddi aşan sözleşmelerin alacaklısının butlan yaptırımına başvurmak suretiyle işlem temelinin yokluğu korumasından istifade etmesinin önüne geçmektir⁶. Nitekim bu hüküm, ekonomik açıdan zayıf tarafı korumayı amaçlayan, kamu düzeninin sağlanması -özellikle savaş, ekonomik kriz, ayaklanma, deprem gibi olağanüstü haller ile fiyatı resmi olarak saptanan mal ve hizmetler- açısından büyük önem taşımaktadır⁷.

Görüldüğü üzere, hükmün öngörülmesinde TBK m.27'nin genel kanun olması hasebiyle ticari hükümlere tabi ticari işlere uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tereddütleri gidermek gerekmiştir. Benzer şekilde kısmi butlana dair düzenlemenin ticari iş mahiyetinde olan hususlara ne şekilde tatbik edileceği, bunun kural mı yoksa istisna mı olduğu hususu hakkında açıklık getirmek faydalı olacaktır. Her ne kadar gerekçe bağlayıcı olmasa da hükmün gerekli olduğu konusunda bize ipuçlarını vermektedir. Kanaatimizce de hüküm düzenlenme itibarıyla işlem/şart ile sözleşme arasında farklı iki hususa hukuken sonuç bağladığından, TBK m.27'nin -lafzı itibarıyla⁸- yalnızca sözleşmelerle sınırlı kaldığı da gözden kaçırılmamalıdır. Bu açıdan hüküm bir yönüyle daha dar bir yönüyle daha geniş kapsamlıdır. Ayrıca kısmi butlana bir istisna

⁶ **Kalkan, Burcu** (2004) Türk Hukukunda Gabin, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 162. Aşırı yararlanma, yani gabinde sübjektif şartın aranmadığı; yalnızca edimler arasındaki dengenin dikkate alındığı düzenlemelere örnek olarak TTK m.1530/1 hükmü gösterilebilir. Bkz. **Nomer, Haluk Nami** (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta, N.70, s. 97.

⁷ *Fiyatı devlet veya yetkili makamlar tarafından tayin edilen tekel ürünleri ile bazı tarım ve akaryakıt ürünleri açısından da hükmün uygulanacağı yönünde bkz.* **Bahtiyar, Mehmet** (2019) Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları/Soru Örnekleri), 20. Baskı, İstanbul, Beta, s. 85.

⁸ Kanun koyucu TBK m.27 hükmünde her ne kadar sözleşme ibaresini kullanmış ise de, bu ibareyle hükmün kapsamının yalnızca sözleşmeyle sınırlandırıldığı söylenemez. Bu durum, kanun koyucunun uygulamada en çok karşılaşılan hukuki işlemi hareket noktası seçmesinden ibarettir.

getirerek hükmün gerekli olduğu da ayrıca vurgulanmış olmaktadır. Üstelik bu hükmün bir karşılığının ne TMK ne de TBK da olmasından hareket edilerek alt ya da üst sınırın öngörüldüğü sözleşmeler bakımından ayrı bir öneme sahip olacak ki, hükme ayrı bir başlık dahi açılmıştır. Bu yüzden TTK m.1530/1-1. cümlesinin TBK m.27/1'in bir tekrarı olduğunu söylemek ne kadar doğru değilse, bu hükme olan gerekliliği -kapsamı ve mahiyeti itibariyle- ifade etmek o kadar doğru olacaktır. *Helvacı* da hükmün faize ilişkin genel bir hüküm olduğunu ve faiz bakımından genel bir düzenleme yaptığını dile getirerek aslında hükme olan ihtiyacı teyit etmektedir⁹.

Yukarıda vardığımız sonuca istinaden hükümdeki ‘*en yüksek sınır aşan edimler, hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınır*’ cümlesinin teknik bakımdan gereksiz olduğunu dile getiren *Karayalçın*¹⁰a katılmıyoruz. Çünkü *Tekinay*¹¹ın da belirttiği üzere, TBK m. 78/1 (BK m. 62/1) yalnızca batıl sözleşmelere dayanan ifaları kapsamına almamaktadır. Genel kabule göre, butlan hallerinde, batıl bir sözleşmeden doğan edimi yerine getiren kimsenin, kendisini hataen borçlu sandığını ayrıca ispat etmesine gerek olmamasına rağmen¹² bunu tek bir kuruma özgülemek doğru değildir. Bu bağlamda sözleşmenin en yüksek sınırı aşan kısmına ilişkin fazla ödemenin iadesi TBK

⁹ **Helvacı, Mehmet** (2000) Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 27.

¹⁰ *Hatta TK m.1466/1.cümlesinin de BK m.20/1 karşısında gereksiz olduğu yönünde bkz. Karayalçın, Yaşar* (1968) Ticaret Hukuku (Giriş-Ticari İşletme), 3. Baskı, Ankara, s. 539. Oysaki hükmün gerekçesi dahi böyle bir düzenlemeye niçin gidilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Buna göre; “*En yüksek haddi aşan akitlerin kısmen bâtil olduğunun kabul edildiği hallerde dahi geri alma dâvalarında Borçlar Kanununun 62 nci maddesi hükmü geri alma dâvalarını zorlaştırmaktadır ve hattâ tatbiki bakımdan neticesiz bir hale sokmaktadır. Çünkü iktisadi sıkıntı altında bulunan taraf bunun tesiriyle en yüksek haddi aşan edada bulunmayı kabul ettiğinden ödemesi bu 62 nci maddenin geri alma dâvalarında aradığı hata dolayısıyla yapılmış bir ödeme mahiyetini arz etmemektedir. Hâdisede ikrahın da kanuni şartları bulunmadığından o yoldan da bir netice çıkmamaktadır ve en yüksek haddi aşan eda bunu haksız yere almış olan tarafta kalmaktadır. Ticari hükümler sahasında mahzurlu görülen bu durumun önlenmesi için hadden fazla olan edaların hata ile yapılmış olmasa dahi geri alınacağı esası, üçüncü cümle olarak metne yazılmıştır.*”

¹¹ **Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 745.

¹² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 745.

m.77 hükmü gereğince talep edilecektir¹³. TBK m.77'ye dayanan kimsenin ise TBK m.78'in aksine kendisini hataen borçlu sandığını ispatına gerek yoktur¹⁴. Nitekim TBK m. 78/3¹⁵ hükmü de TTK m.1530/1-2. cümlesine de gönderme yapmaktadır. Bu cihetle hükmün varlığına ihtiyaç bu şekilde de doğrulanmış olmaktadır.

II. TTK M. 1530/1'İN KANUN SİSTEMATIĞI İÇERİSİNDEKİ DÜZENLEDİĞİ YER DOĞRU MUDUR?

TTK m.1530, “*Son Hükümler*” üst başlığı altında iki parçadan oluşmaktadır. Birinci parça “*ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler*” iken ikinci parçası ise “*mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçları*”dır. Hüküm değerlendirilirken TTK m.1534 gereğince; ‘*kenar başlıkları metne dahil olduğundan*’ sanki ticari satışlarla ilgili olarak hükmün birinci fıkrasının uygulanacağı şeklinde yanlış yorumlamalara sebebiyet verilebilir. Ayrıca hükmün iki ila sekizinci fıkralarının metne sonradan dâhil edilerek yeni madde haline gelen m.1530 açısından bir talihsizlik olduğu söylenebilir. Esasen ticari hükümlerle ilgili bir düzenleme yaparken, hiçbir açıklama yapılmaksızın birden ticari işletmeler arasında mal ve hizmet tedariki amacıyla yapılan işlemlere geçiş yapmak hukuki rabıtayı koparmaktadır. Bu yüzden hükmün yerinin doğru olmadığı ve değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Hüküm açısından en doğru yer, TTK m. 1’in ikinci fıkrası olabilir. Haliyle mevcut ikinci fıkrada üçüncü fıkraya alınmalıdır. Böylelikle ticari hükümlere bağlanan sonuçları -tıpkı TTK m.6’da olduğu gibi- Kanunun uygulama alanına dâhil etmiş oluruz. Bu sayede hüküm yorumlanırken yanlış nitelendirmelerin yapılmasının da önüne geçilmiş olunur. Belirttiğimiz yorum, esasen hükmün madde başlığındaki ‘*ile*’nin de bir gereğidir¹⁶.

¹³ Arkan, Sabih (2018) Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara, BTHAE, s. 97.

¹⁴ Arkan, s. 97.

¹⁵ “*Borç olmadığı hâlde ödenmiş olan edimin geri istenmesine ilişkin diğer kanun hükümleri saklıdır.*”

¹⁶ Zaten TK m.1466 hükmünün madde başlığı da “*Hukuki Muamelelerin Yasak Edilmesinin Ve Edalarda En Yüksek Hadlerin Aşılmasının Neticeleri*” olup TTK m.1530’un kenar başlığının bir özeti mahiyetindedir.

III. TTK M. 1530/1'İN UYGULAMA ALANININ VE KAPSAMINA GİREN HALLERİN BELİRLENMESİ

Borçlar hukukunda olduğu gibi ticaret hukukunda da hem Anayasanın 48. maddesi hem de TBK m. 26 hükmü gereğince sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin özellikle ticaret hukukunun emredici kurallarıyla çizilen çerçevenin sınırları dâhilinde yürürlükte olduğunu ifade etmek gerekir. Bu çerçevenin dışına çıkıldığında prensipte kesin hükümsüzlük yaptırımı devreye girer. Bu yüzden hukuken varlığına olan ihtiyacı teyit edilen TTK m. 1530/1'in adi ya da ticari iş niteliğindeki bir sözleşmenin bütünü veyahut bir kısmı üzerinde emredici hukuk kurallarına aykırılık söz konusu olduğunda¹⁷ uygulama alanı bulup bulmayacağı; bulacaksa da bunun kapsamının ne olduğunun genel hatlarıyla çizilmesi gerekliliği hasıl olmuştur. Bunun için hükmün içerisinden hareketle iki aşamalı bir tespitte bulunulacaktır.

A. TTK M. 1530/1'İN ADİ İŞLERE UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI SORUNSALI BAĞLAMINDA UYGULAMA ALANININ BELİRLENMESİ

TTK m.1530'un uygulama şekli itibariyle adi iş-ticari iş ayrımında yerinin neresi olduğu hususunda doktrinde tartışma vardır. Bir görüşe göre, TTK m.1530 yalnızca ticari işler açısından uygulama alanı bulur¹⁸. Oysaki diğer bir görüş uyarınca, TTK m.1530 adi işlere de kıyasen uygulanabilir¹⁹. Bu görüşte

¹⁷ Ülgen/Helvacı /Kaya/Nomer Ertan, s.121.

¹⁸ **Domaniç, Hayri/Ulusoy, Erol** (2007) Ticaret Hukukunun Genel Esasları (TTK Tasarısı ve Gereklileri ile Birlikte), 5. Baskı, İstanbul, Arıkan, s. 120; **Helvacı**, s. 26. *Hükmün yalnızca ticari hükümlere tabi olan ticari işlere uygulanacağı yönünde bkz. Arkan*, dipnot 1, s. 97.

¹⁹ **Hatemi, Hüseyin** (1976) Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle BK m. 65 kuralı), 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, dipnot 19, s. 570. *Nispi olarak kararlaştırılan avukatlık ücreti açısından bkz.Tandoğan, Haluk* (2010) Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Cilt II, İstanbul, Vedat, s. 372; **Doğanay, İsmail** (1990) Türk Ticaret Kanunu Şerhi 3, 3. Baskı, Ankara, Feryal Matbaası, dipnot 629, s. 3404; **Kırkbeşoğlu, Nagehan** (2011) Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 38. TK m.1466'da hükmün yalnızca ticari işlere uygulanacağı konusunda açıklık olmadığını dile getiren Karayalçın'a göre, en yüksek sınırın tespiti halinde hangi tarafın menfaati korunmak isteniyorsa o tarafı koruma

olan yazarlardan *Kırkbeşoğlu*'na²⁰ göre, TTK m.1530/1'in ratio legisinden hareketle anılan hükmün adi işler açısından da kıyasen uygulanması gerekir. Çünkü adi işler bakımından üst sınır getiren kanun koyucunun koruma amacı kanunun ratio legisi ile bağdaştırılmaktadır²¹. Anlaşıldığı üzere, ikinci görüşü savunanlar TMK m.5'i²² esas alarak TTK m.1530/1'in uygulama alanını çizmeye çalışmaktadırlar. Bir kere evvela TMK m.5'i analiz etmek gerekir. Buna göre, TMK m.5, TTK'yi açıkça zikretmese de onu da kapsamına almaktadır²³. Bu bağlamda TMK m.5 hükmü, TMK'nin ve TBK'nin genel nitelikli hükümlerinin tüm özel hukuk ilişkilerinde kıyasen uygulanması dikkate alınarak Kanunda kendisine yer verilmiş olan bir hükmüdür²⁴. O halde TMK m.5 hükmü çerçevesinde kıyasen uygulama için²⁵ söz konusu hukuki ilişki için TMK, TBK ve TTK'de veya diğer kanunlarda o özel meseleyi bilinçli susma suretiyle olumsuz olarak çözüme bağlayan bir hükmün bulunmaması ve TMK'de, TBK'de veya TTK'de yer alan ve o özel meseleye uygulanması söz konusu genel nitelikli hükmün ise, o özel hukuki meselenin bünyesine ve kendine özgü yapısına aykırı düşmemesi gerekir²⁶. Bu cihetle TMK m.5 hâkime talimat veren bir genel atıf hükmüdür²⁷. Bu bilgiler ışığında bu talimatın bir hukuki sınırının

amacıyla TK m.1466'ya özel hüküm konulmuştur. Bu cihetle hüküm yalnızca ticari işlere uygulanmamalıdır. *Bu açıdan hükmün yerinin BK olduğu yönünde bkz. Karayalçın, s. 542. Sorumsuzluk anlaşmaları yönünden TK m.1466 hükmünün pozitif dayanak teşkil ettiği hususunda bkz. Akman, Galip Sermet (1976) Sorumsuzluk Anlaşması, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 100.*

²⁰ **Kırkbeşoğlu**, s. 38-39.

²¹ **Kırkbeşoğlu**, s. 39.

²² “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*”

²³ **Gürzumar, Osman Berat** (2006) “Türk Medeni Kanununun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt I/2004, Özel Hukuk, İstanbul, s. 128.

²⁴ **Gürzumar**, s. 141.

²⁵ **Gürzumar**, s. 153.

²⁶ *Hâkimin, TMK m.1/2 hükmü anlamında bir kanun boşluğu bulunduğu gerekçesiyle TMK m.1/2 hükmündeki uygulamaya geçmeden önce önündeki olaya anılan kanunlarda kıyasen uygulanabilecek genel nitelikli bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırmayı ihmal etmemesi gerektiği yönünde bkz. Gürzumar, s. 156.*

²⁷ **Gürzumar**, s. 155.

olması gerekir. Yazarların kaçırıldığı nokta tam da burasıdır. Diğer bir deyişle, bu talimatı uygulayacak hâkim TTK m.1530/1'i kıyasen adi işlere uygulayacak olursa artık adi iş-ticari işe bağlanan sonuçlar temelinde yapılan ayırımın bir anlamı kalmayacaktır. Zaten TTK m.1530/1'in ticari hükümlerle getirilen yasakları kastettiğini görebiliriz. O halde TTK m.1 bağlamında -birtakım çekinceler dâhilinde- ticari hükümlerin belirlenmesinin ticari işlere bağlandığı söylenebilir²⁸. Bu yüzden, hâkim bu hükmü adi işlere de tatbik ederek hukuka aykırı bir tavrın içerisine girmemelidir. Yoksa adi işlere ticari hükümlerin uygulandığı bir kanun düzeninden söz edilir ki, kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ortadadır. Nitekim bu durumda hâkimin, tamamlaması gereken TMK m.1/2 hükmü anlamında bir kanun boşluğunun söz konusu olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü burada gerçek olmayan boşluk vardır. Diğer bir deyişle, kanunda hukuki bir meseleye dair tatmin edici bir cevap bulunmamaktadır²⁹. Zaten gerçek olmayan boşluk da esasen bir kanun boşluğu değildir³⁰. Bunun sebebi, TBK m.27/2'nin kısmi hükümsüzlük açısından çerçeve hüküm niteliğinde olmasıdır. Diğer taraftan -yukarıda belirttiğimiz üzere- yapılacak kıyas özel hukuki meselenin bünyesine ve kendine özgü yapısına uygun düşmemektedir. Zira ticari işlerde belirlilik, kesinlik ve sürat adi işlere göre mutlak nitelikte olup ticari işler açısından hukuki güvenliğinin önceliğinin olduğunun kabulü gerekir. Bu yüzden, kanaatimiz birinci görüşten yana olup ticari hüküm çerçevesinde tespit edilen ticari işler açısından uygulama alanı bulacak TTK m.1530/1 adi işlere kıyasen dahi uygulanamaz³¹.

²⁸ **Arslanlı, Halil** (1959) Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), 2. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 16. Kıyasta benzeri benzere bağlayan hukukçudur, uygulayıcıdır (**Serozan, Rona** (2017) Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Vedat, I § 5, N. 32a, s. 151). O halde uygulayıcının yani hâkimin somut olaydaki somut tasniflerin öngörülme amacına hizmet edecek şekilde hukuku uygulaması gerekir. Yoksa kıyasta da ucu açık bir takdir yetkisinin olduğu söylenemez.

²⁹ *Kanunun sakatlığını veya yetersizliğini ifade etmek için bkz. Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami* (2015) Medeni Hukuk, 21. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 342-343, s. 104-105.

³⁰ **Oğuzman/Barlas**, N. 343, s. 105.

³¹ TMK m.5 hükmünün esas itibarıyla eşitlik ilkesine dayandırıldığını ve bu eşitliğin adi-ticari iş ayırımının ortadan kaldırılarak sağlanamayacağı dile getirilmelidir.

B. TTK M. 1530/1'İN İÇERİĞİNDEN HAREKETLE KAPSAMINA GİREN HALLERİN BELİRLENMESİ

TTK m.1530/1;“*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler...*”. Hükme genel olarak bakıldığında iki parçadan oluştuğunu görebiliriz. Birinci parça işlem ve şartlara özgülenmiş iken, ikinci parça ise sözleşmelere özgülenmiştir. Bu kavramlar çerçevesinde hükmün uygulama alanı tespit edilebilir.

Birinci parçadaki “işlem” kavramı, TDK’de³²; bir işi sonuçlandırmak için yapılan iş veya uygulamaların hepsi, muamele, muamelat olarak tarif edilmiştir. Hukuki açıdan bakıldığında ise hükmün TTK m.3 çerçevesinde değerlendirilerek -orada olduğu gibi- işlemin hukuki işlem olarak anlaşılması gerekir³³. Bu bağlamda hukuki işlem, bir veya birden fazla kişinin hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar dâhilinde diğer unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olgudur³⁴. Bizim açımızdan önemli olan, hukuki işlemlerin katılanların sayısına göre tek taraflı, iki veya çok taraflı (sözleşme ve karar)³⁵ şeklinde bir ayrıma tabi tutulmasıdır³⁶. Görüleceği üzere, hüküm yalnızca sözleşmeleri kapsamına almamaktadır. Bu yönüyle hüküm, TBK m. 27’den lafız itibarıyla daha geniş olarak değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır.

³² <https://sozluk.gov.tr/>

³³ *Ticari iş açısından bkz. Ayhan, Rıza* (2013) “Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 17, S: 1-2, s. 296.

³⁴ *Eren, Fikret* (2017) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 119.

³⁵ *Bunların yanı sıra müşterek hukuki işlemlerin de bu tasnif içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Barlas*, N. 617 vd., s. 177 vd. *Toplu hukuku işlemi bu tasnife dahil eden yazar için bkz. Serozan*, 2017, III § 3, N.3 vd., 327-328.

³⁶ *Eren*, s. 165 vd.

Birinci parçadaki “şart”³⁷ kavramı ise, taraf iradesiyle bir işlemin hukuki etkisinin doğması, düşmesi veya devam etmesinin gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olaya bağlanması şeklinde anlamamak³⁸ gerekir. Buradaki şartı hukuki işleme düşülen bir şerh, kayıt, kloz vb. şeklinde anlamlandırmak icap eder.

Özetleyecek olursak; hükmün birinci fıkrasının birinci cümlesi hukuki işlem ve kayıtlarını kapsamına almaktadır.

Hükmün ikinci parçası ise sözleşmelere gönderme yapmaktadır. Kanaatimiz amaca uygun yorum yapılarak sözleşmeleri geniş yorumlamaktan yana değildir. Zira böyle olsaydı kanun koyucu lafız üzerinde bir değişikliğe gitmez idi. Görülüyor ki, hükmün ikinci parçasında hukuki çerçevede daralmaya gidildiği ve -lafız itibarıyla- TBK m.27 kapsamına indirildiğinden bahsedilebilir. Bu, takip edilen hukuk politikasının bir sonucu olsa gerek. Zira TK m. 1466’daki ‘akit’ ibaresi, TTK m.1530’daki ‘sözleşme’ ibaresi olarak yalnızca dilde sadeleşmeye gidilerek aynen alınmıştır. Buna göre, sözleşme taraflardan birisi ya da her ikisi için borç doğurucu hukuki işlem, hatta hukuki ilişki olarak anlaşılmalıdır³⁹. Bu minvalde acentelikteki rekabet yasağı sözleşmesini düşünebiliriz.

Özetleyecek olursak; butlan hükmünün uygulama alanı, kısmi hükümsüzlüğün uygulama alanı bulunduğu sözleşmelerden daha geniş kapsamlıdır. Haliyle örneğin; hükmün birinci fıkrası anonim şirket esas sözleşmesi açısından uygulama alanı bulabilecek iken hükmün ikinci fıkrası anonim şirket esas sözleşmelerine tatbik edilemeyecektir. Bu noktada hükmün amaca uygun yorumu kanun hükmünün değişikliğine sebebiyet verir. Bu yüzden amaca uygun yorumun sınırı, yani kıyasın sınırı hükmün lafzıdır. Zira kanunun özülle sözünün bir olması, lafzın buna izin vermesine bağlıdır.

Hükümde geçen “*Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ...*” ibaresinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Hükümde üç noktaya dikkat çekmek

³⁷ Şartın unsurları ve türleri hakkında ayrıntılı bilgi için birçokları yerine bkz. Kaşak, Fahri Erdem (2019b) “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 10, S: 2, s. 551 vd.

³⁸ Eren, s. 1185.

³⁹ Eren, s. 200.

gerekir. Birinci nokta, aksine hükmün hangi kanunda olduğunun bir öneminin bulunmamasıdır. Zira TTK m.1 gereğince, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlardaki yazılı özel hükümler ile TTK dışındaki mevzuatın⁴⁰ kastedildiği bilinmektedir. O halde ticari hüküm niteliğinde olan hususlar *-oysaki TTK'da mutlak bir anlayış hakimdir-* içerisinde değerlendirilmek kaydıyla hukuki konum açısından bir sınırlandırmaya gidilmediği söylenebilir. İkinci nokta ise aksine bir hükümden ne anlaşılması gerektiğidir. Kanaatimizce butlan dışındaki bir yaptırımın herhangi bir Kanun'da öngörülmüş olmasıdır. Örneğin; TTK m. 108, 192/1, 227/1, 395, 396, 445, 1301, 1524/2. Üçüncü ve son nokta ise, bu ibarenin esasen hükmün ikinci cümlesini kastetmesidir. Diğer bir deyişle, kanun koyucu aksine hükmü sözleşme ile üst haddin aşılması ile göstermiş olmaktadır.

Hükümde geçen *'ticari hükümlerle yasaklanmış'* olma hükmün çerçevesini çizmektedir. Kanaatimizce yasaklanmayı emredici hükümlere aykırılık ile sınırlandırmamak gerekir. Hükmün TBK m.27/1 ışığında yorumlanarak yasağın ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılığı da kapsamına aldığı kabulü gerekir⁴¹. Bu saiklerden birisi ile getirilen kanuni yasağın ihlali halinde yaptırım butlan olacaktır. Bu yorum anlayışı TBK m.27/1 ile uyumluluk arz etmektedir. Nitekim bir hükmün emrediciliği belirlenmeye çalışılırken kanun hükmünün neyi koruma altına aldığından hareket edildiğinden⁴², bu belirlemeyi yasaklayıcı kurala da uygulamamak için haklı bir sebep yoktur. Bununla birlikte burada dikkat edilmesi gereken nokta,

⁴⁰ Mevzuatın yalnızca kanunları kapsamına almadığı, ticari hükümlerin belirlenmesinde de kanunun bu şekilde geniş yorumlandığını belirtmek gerekir.

⁴¹ Alman hukukunda ise hukuki durumun farklı olduğunu görmekteyiz. Şöyle ki; BGB §134 §138 Abs.1'e nazaran öncelikli uygulanacaktır. O halde hukuki işlem §134'e göre batıl ise, §138 Abs.1'e ayrıca istinat edilemez. *Hükümsüzlüğün bir yasaklayıcı kuralın ihlali şeklinde karşımıza çıkmadığında ise §138 Abs. 1'in tamamlayıcı şekilde uygulanması gerektiği yönünde bkz. Looschelders, D./Heidel, U. T./Hüfstege, R./Mansel, H-P./Noack, U. (2016) EBGB, § 134, 3. Auflage, Baden Baden, Nomos, EBGB, § 134, Rn.11.*

⁴² *Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaşak, Fahri Erdem (2019) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 316 vd. Benzer yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Necip (2010) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, Filiz, §42, N. 17, s. 534.*

yasaklayıcı hüküm açısından öngörülme amacının ‘*aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde*’ ibaresi içerisinde tahlilini gerektirir.

Hükmün birinci ile ikinci cümlesindeki kapsam farklılığı -eleştirilebilir nitelikte olup⁴³- “adi iş-ticari iş ayrımı acaba sözleşmelere özgü olarak kaldırılmakta mıdır?” sorusunu akla getirmektedir. Lakin kanun koyucunun hükmün cümleleri arasında geçişte hukuki çerçevede bir daralmaya gittiğini, ticari hükümlere tabi ticari iş kıstasından ayrılmak istemediğini ‘*ancak*’ bağlacı ile sağladığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Yoksa hükmün uygulanmasında bir ahenk sorunu yaşanabilirdi.

IV. TTK M. 1530/1’İN HUKUKİ KAYNAĞI: BGB § 134 IŞIĞINDA HUKUKİ NİTELİĞİNİN ORTAYA KONULMASI

TTK m.1530’un birinci fıkrasının ne İsviçre ne de Alman hukukunda tam anlamıyla bir karşılığı vardır. Bununla birlikte hükmün hukuki niteliğinin çözümlenmesi adına hükmün iz düşümü diyebileceğimiz BGB § 134⁴⁴ hükmünün kısaca irdelenmesi gerekir. Buna göre; “*Kanunda farklı bir hükme yer verilmemiş, kanuni bir yasağı ihlal eden hukuki işlem batıldır.*” Bu hüküm kamunun korunmasına öncelik vermektedir⁴⁵. Bu demek değildir ki, hüküm sözleşenlerin ya da üçüncü kişilerin bireysel çıkarlarını korumamaktadır⁴⁶. Kısmen doktrinde hükmün, devletin ekonomik düzeninin ve ekonominin yönlendirilmesinin sözleşme özerkliği karşısında esasen üstünlüğü lehine temel bir kararı ihtiva ettiği kabul edilmektedir⁴⁷. Bu cihetle hüküm hükümsüzlüğü

⁴³ Karar açısından en yüksek haddi aşan kısmın budanmasının niçin bu hükme göre mümkün olmadığı düşünülebilir. Kanaatimizce hüküm ile genel kurulun haliyle şirketin iç ilişkisine karışılmasına, bu kadar müdahale edilmesine izin verilmemiş olsa gerek. Ticari hükümler açısından bkz. **Can, Ozan/Zabunoğlu, H. Gökçe** (2013) “Ticari Hükümler ve Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Ticari Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 78.

⁴⁴ “*Ein Rechtsgeschäft, da sgegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.*”

⁴⁵ **Looschelders** /Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, EBGB, § 134, Rn.2.

⁴⁶ **Looschelders** /Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, EBGB, § 134, Rn.2.

⁴⁷ *Literatürde bunun yanlış anlaşıldığı hususunda bkz.*

Looschelders/Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, EBGB, § 134, Rn.5.

ceza olarak değil, bilakis hukuki geçerliliği hukuk düzeni ile bağdaşmaz kurallar bütünü olarak değerlendirmektedir⁴⁸.

Hüküm özel hukuk alanındaki her türlü hukuki işlem için geçerlidir. Bu bağlamda hem tek taraflı hukuki işlem (örn; feshi ihbar) hem de sözleşme ve kararda bu hüküm uygulama alanına dâhildir⁴⁹. Ayrıca hüküm standart sözleşmelere (toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi) de uygulanabilir. Aynı şekilde lokavt da bir hukuki işlem olarak bu hükmün kapsamında görülebilir. Buna karşın bir sözleşmenin akdedilmesine yönelmiş irade açıklamaları (icap ve kabul) bir hukuki işlem değildir⁵⁰.

Hüküm ile kanunen belirlenen yasak doğrultusunda sözleşme özerkliğine bir sınır getirilmekte ve hukuki işlemin içeriği kontrol altında tutulmaktadır⁵¹. Burada genel olarak izin verilmekle beraber münferit durumlarda içeriği ya da meydana geldiği şartlar dolayısıyla geçersiz hukuki işlemler söz konusudur⁵².

Bir hukuki işlemin kanuni yasağı ihlal etmesi gerekir. Kanuni yasaktan kasıt EGBGB Art.2'deki hukuk kurallarının tümüdür. Bu cihetle yalnızca şekli anlamda kanunlar değil, aynı zamanda kararname ile otonom talimatnamelerde bu kapsamdadır. Ayrıca hüküm kıyasen mahkemeler ya da yetkili makamların elinden çıkan mutlak tasarruf yasaklarına da uygulanabilir⁵³.

⁴⁸ **Armbrüster, C.** (2018) Münchener Kommentar zum BGB, § 134, 8. Auflage, München, C. H. BECK, § 134, Rn. 128.

⁴⁹ **Dörner, H./Schulze, R.** (2019) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, BGB § 134, 10. Auflage, Nomos, BGB § 134, Rn.2.

⁵⁰ **Wendtland, H.** (2020) BeckOK BGB, § 134, 54. Edition, München, C. H. BECK§ 134, Rn. 3-4. İcaba bu hükmün kıyasen uygulanabilir. Bununla birlikte icabın kanuna aykırılığı da ancak sözleşmeyi bir bütün olarak ele aldığımızda ortaya çıkacaktır. Bkz. **Looschelders /Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, EBGB, § 134, Rn.7.**

⁵¹ **Spindler, G. /Schuster, F.** (2019) Recht der Elektronischen Medien, 4. Auflage, § 134, München, C. H. BECK, § 134, Rn.1

⁵² *Kanuni yasağı ihlal ile ahlaka aykırılığın aynı anlama gelmediği hususunda bkz.Spindler/Schuster, Recht der Elektronischen Medien, § 134, Rn.1*

⁵³ **Wendtland /Bamberger/Roth/Hau/Poseck ,BeckOK BGB, § 134, Rn.5. Daha fazla örnek için bkz. Rn.6-7-8.**

Hüküm her kanun ihlalinde bir hukuki işlemin batıl olmadığını açıklığa kavuşturmuştur⁵⁴. Bu bağlamda şüphe halinde hüküm, yasağa aykırı hukuki işlemin geçersiz olup olmadığı hususunda bir karine öngörmektedir⁵⁵. Zaten kanuni yasağın başka bir sonucu öngörüp öngörmediğinin araştırılması gerekir⁵⁶. Bu yüzden hükmün yorum kuralı olarak değerlendirilmesi gerekir⁵⁷. Kanuni yasağın anlam ve amacından hukuki işlemin salt kısmi hükümsüzlüğü söz konusu olabilir⁵⁸. Örneğin⁵⁹; belirli kayıtlarla sınırlandırılmış ya da kanuni yasağın anlam ve amacına göre hukuki işlemin kanunen izin verilen hadde indirgenmesi gibi. Bunun sebebi kanuni yasağın her hukuki norm açısından öngörülmemiş olmasıdır. Bu yüzden yasak için lafız yeterli olmayıp, kanunun anlam ve amacından hareket edilerek yasağın kapsamı tayin edilmelidir⁶⁰. O halde hükmün yorumlanması gerekir⁶¹. Yorumda hareket noktası kanunun lafzı olmalıdır. Şayet ‘*soll nicht*’ ya da ‘*soll nur*’ ibareleri varsa düzenleyici kuralın varlığından bahsedilir. Yok, eğer, ‘*kann nicht*’, ‘*ist unzulässig*’ ya da ‘*ist nicht übertragbar*’ ibarelerine yer verilmişse kural olarak mutlak butlan ya da askıda hükümsüzlükten bahsedilir. Bunların haricinde kanun koyucu ‘*darf nicht*’ ya da ‘*darf nur*’ şeklinde formülizasyona gitmişse buradan kesin bir sonuca varmak söz konusu değildir. Bununla birlikte hüküm ihtiyari/tamamlayıcı nitelikte ise, prensip olarak kanuni yasaktan söz edilemez. Diğer taraftan ihtiyari/tamamlayıcı nitelikte bir hüküm olmadığında ise doğrudan kanuni yasağın söz konusu olduğu yargısında da bulunulmamalıdır. Nihayetinde her

⁵⁴ **Looschelders**/Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, EBGB, § 134, Rn.4.

⁵⁵ **Looschelders** /Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, EBGB, § 134, Rn.4.

⁵⁶ *Kanuni yasağın açıkça bir yaptırım öngörmesi mümkün olduğu (butlan ya da başka bir hukuki sonuç) yönünde bkz. Armbrüster*, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 119. *Kanundan aksi anlaşılmadıkça hukuki işlemlerin tümünün daima değil; yalnızca bu durumda batıl olduğu yönünde bkz. Mansel, H-P.* (2018) Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, BGB § 134, 17. Auflage, München, C. H. BECK, BGB § 134, Rn. 1.

⁵⁷ **Spindler**/Schuster, Recht der Elektronischen Medien, § 134, Rn.3; **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 119.

⁵⁸ **Spindler**/Schuster, Recht der Elektronischen Medien, § 134, Rn. 4

⁵⁹ **Spindler**/Schuster, Recht der Elektronischen Medien, § 134, Rn. 4.

⁶⁰ **Wendtland**/Bamberger/Roth/Hau/Poseck ,BeckOK BGB, § 134, Rn. 9.

⁶¹ **Wendtland**/Bamberger/Roth/Hau/Poseck ,BeckOK BGB, § 134, Rn. 9.

bir hukuk kuralının anlam ve amacı her durumda belirleyici olacaktır⁶². Diğer bir deyişle burada belirleyici olan, delil göstermekle yükümlü olan kişinin yasağa aykırı hukuki işlemi geçersiz addetmemesidir. Bunun için de yasak kuralı ile amaçlanan koruma sağlanmalı ve kamusal bir çıkar ihlal edilmemelidir⁶³.

İspat yükü tartışma konusu hukuki işlemin geçersizliğine dayanan taraf üzerinde olup yasağın fiili şartlarını ispatlamakla yükümlüdür⁶⁴.

Ticari durumlar hakkındaki hükümler çoğunlukla kanuni bir yasak şeklinde karşımıza çıkmazlar⁶⁵. Şirketler hukukunda kararların yasağa aykırılığı bakımından bir ayrıma gidilmelidir⁶⁶. Kararın alınmasına ilişkin kurallar ya da kararın içeriğine dair tamamlayıcı kanuni hükümler kanuni yasağı teşkil etmezler⁶⁷. Diğer taraftan emredici kurallar genellikle bizzat sapan kararların hükümsüzlüğünü düzenlemektedirler. Bunlar da kanuni yasağı ihtiva etmezler⁶⁸.

Kanuni bir yasağın anlam ve amacından geçersizlikten tamamen farklı bir hukuki sonucun ortaya çıktığı çıkarımında bulunulamaz⁶⁹. Bilakis geçersizliğin etkilerinin kapsamında bir sınırlandırmanın söz konusu olduğu yargısında bulunabilir⁷⁰. Geçersizliğin etkilerinin sonraki zaman diliminden itibaren araya girdiği dikkate alınmalıdır. Ayrıca sürekli borç ilişkisi

⁶² Aynı yönde bkz. **Armbrüster**, MünchenerKommentar zum BGB, § 134, Rn.119.

⁶³ **Armbrüster**, MünchenerKommentar zum BGB, § 134, Rn.119.

⁶⁴ **Wendtland** /Bamberger/Roth/Hau/Poseck,BeckOK BGB, § 134, Rn. 30; **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 133.

⁶⁵ Bununla birlikte HGB § 74a, 89b Abs.4, 89 Abs.2 S.1 Hs.2. Bkz. **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 73.

⁶⁶ **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn.74.

⁶⁷ **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn.74.

⁶⁸ Sermaye şirketleri bakımından eski içtihatlar emredici hükümleri kanuni yasak olarak nitelendirme eğilimindeydiler. *Daha sonraki durum hakkında bilgi için bkz.Armbrüster*, MünchenerKommentar zum BGB, § 134, Rn.74 ff.

⁶⁹ **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 122.

⁷⁰ **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 122.

çerçevesinde yapılan anlaşmalar belirli bir zaman dilimi için batıl olurken, buna karşın diğerleri ise geçerli olacaktır⁷¹.

Şüphe halinde, BGB § 134'e göre tayin edilen hükümsüzlük elbette tam butlan olacaktır⁷². Hükümsüzlüğü prensipte yasak edimin talep edilmesi ile sınırlandıran anlayış yeni içtihatlar tarafından haklı olarak reddedilmektedir. Hükümsüzlüğün sınırı yasak kuralın amacından çıkarılabilir⁷³. Bununla birlikte doktrinde hükmün öngördüğü hükümsüzlük yaptırımının türü açısından görüş ayrılıkları söz konusudur. Eskiden olduğu gibi hâkim görüş hükümsüzlüğü mutlak butlan olarak nitelendirmektedir. Bu da, tarafların hükümsüzlük iddiasında bulunmaksızın kendiliğinden dikkate alınmaktadır ya da ilgili sürece katılan herkes tarafından geçerli kılınabilecektir Buna karşın nispi butlanı savunanlar, ya hükümsüzlük sonuçlarının sınırlandırmasından ya da hükümsüzlüğün kendiliğinden gerçekleşen çıkarların korunmasını hariç bırakmasından veyahut da kanuni yasağın sağladığı korumadan faydalanacak her bir kişinin hükümsüzlüğü geçerli kılmasına dair olanağın sınırlandırılmasından söz etmektedirler. Son görüşün kanuni yasağın diğer yandan amacının hükümsüzlüğe izin vermemesi açısından doğru olduğu ifade edilmektedir. Kanuni yasağın amaçsal uygulaması her halükârda bir katılanın ya da hâkimin hükümsüzlüğü belirtip belirtmemesine bağlı değildir. Bu minvalde hükümden çıkan hükümsüzlük mutlak anlamdadır. Zaten açıklayıcı rıza ile kural olarak hükümsüzlük ortadan kaldırılamaz. Bununla ilgili olarak BGH bir karar vermiştir: "*Hükümsüzlük sebebi sadece rızanın verildiği anda da varlığını devam ettiriyorsa geçerlidir.*" İstisnai olarak sözleşme benzeri bir karaktere büründüğünde açıklayıcı beyan geçerli kabul edilir. Bunun için katılanların yasağın ihlali sorunsalı üzerinde rıza ile ortadan kaldırılacak ciddi bir tartışma ve şüpheye sahip olmaları gerekir. Kıyas yoluyla gelecek için de yasağa aykırı sözleşme parçası düzenlenecek idiye durum farklıdır. Burada yorum yoluyla yasak kuralından bir çıkarımda bulunup bulunamamasına bağlıdır. Buna göre, ilişkinin tarafları tarafından hukuki ilişkinin

⁷¹ Örneğin; kademeli kira artışının bulunduğu sözleşmelerde. Bkz. **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 122.

⁷² **Dörner /Schulze**, BürgerlichesGesetzbuch, BGB § 134, Rn.10.

⁷³ **Armbrüster**, MünchenerKommentar zum BGB, § 134, Rn. 123.

aydınlatılmasına dair takip edilen amacın kanuni yasak değerlendirmesine olan üstünlüğü kabul edilmelidir⁷⁴.

Bir kişinin irade özerkliğine ilişkin yetkilerinin tümünün sınırlandırılması kanuni yasak değildir. Sınırın aşılması hallerinde hukuki işlem prensipte ya tamamen geçersizdir ya da askıda hükümsüzdür. Zira karşı taraf açısından hukuki işleme dair bir yapılabirlik vardır. Bundan ötürü işleme izin mi verildiği yoksa yasaklandı mı sorusunun yönetilmesine gerek yoktur⁷⁵.

Emredici kurallara tabi hükümlerin tümü yasaklayıcı kural olarak karşımıza çıktığını savunanlar olduğu gibi, yalnızca hukuki işleme dayalı şekillendirme özgürlüğünü sınırlandıran hükümlerin yasaklayıcı kural olduğunu kabul edenler de vardır. *Flume*⁷⁶ bu noktada bu ayrımın hukuk uygulaması açısından bir farklılık yaratmadığını; ancak hukuki işleme dair şekillendirme imkânını sınırlandıran kuralların tümünün yasaklayıcı kural niteliğinde olmadığını kabul etmiştir. *Kaşak* da emredici hükümler ile yasaklayıcı hükümler arasında anlam ve amaçsal bir ayrımdan ziyade lafızdaki ayrılmanın önemli olmadığı kanaatindedir⁷⁷. Her ne kadar bir farklılığın olmadığı ifade edilse de hükmün konuluş şekli amacını tayin ettiğinden bu amaç doğrultusunda yazarlara katılmamaktayız. Çünkü yasaklayıcı kuralın varlığı emredici hükümlerden kolaylıkla ayrılır ve lafızdan kolaylıkla anlaşılabilir. Zaten TTK m.1530/1'in uygulama alanı bulmadığı hallerde kullanılması gereken amaçsal yorum metodunun bu hüküm karşısında yerinin olmadığı rahatlıkla söylenebilir⁷⁸ (örn., TTK m. 123/1).

⁷⁴ **Armbrüster**, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn.129.

⁷⁵ **Jauernig/Mansel**, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB § 134, Rn. 2.

⁷⁶ **Flume, Werner** (1992) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, Springer- Verlag Berlin Heidelberg GmbH, §17, Rn.2, s. 342-343.

⁷⁷ **Kaşak**, 2019a, s. 286.

⁷⁸ *Zimmermann da BGB § 134'ü dar yorumlamak suretiyle hükme uygulanacak yaptırımın geçerlilik ile geçersizlik arasında değiştiğini ve üçüncü bir seçenek olan değer indirilmesini kapsamadığı yönünde bkz. Naklen, Armbrüster*, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn.122.

Bu bilgiler ışığında yasaklayıcı hükmün⁷⁹, emredici hüküm karşısında birinci farkı sözleşme özgürlüğünün yasaklayıcı hükümde mevcut olmasıdır⁸⁰. İkinci farka baktığımızda ise, emredici hükümler kati surette sözleşmenin içeriğine yönelik iken, yasaklayıcı hükümler açısından böyle bir zorunluluk yoktur⁸¹. Bunun sonucu olarak yasaklayıcı hükümler lafız itibarıyla bir yasak öngörmeleri sebebiyle olumsuz bir emri içerisinde barındırırken, emredici hükümlerde olumlu bir emir vardır⁸². Bu iki hüküm arasındaki son fark ise uygulanacak yaptırımlar açısından dır. Emredici hükümlere aykırılık işin doğası gereği butlan sonucunu doğurmakta olup, BGB’de bunun açıkça düzenlenmediği; ancak § 134 hükmü açısından açıkça bir düzenlemeye gidildiği kabul edilmektedir⁸³. Diğer bir deyişle yasaklayıcı hükme aykırılık halinde sözleşme, yalnızca hükmün anlamı ve amacı gerektiriyorsa hükümsüz olur⁸⁴.

Her ne kadar, İsviçre-Türk hukukunda emredici hükümler ile yasaklayıcı hükümler arasında kural olarak kesin çizgilerle bir ayrıma gidilmemiş olmasına rağmen⁸⁵ Türk hukukunda TTK m.1530/1 yasaklayıcı kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce TTK m.1530/1’in öncelikle lafzından ve sonrasında amacından hareketle yasaklayıcı kural niteliğinde olduğu söylenebilir. Nitekim gerekçede de; *“Gerek harb ve fevkalâde hallerde gerekse iktisadi birtakım sebeplerle, nizam altında tutulmak bilfarz bir narha tâbi tutulmak lâzımgelen akitlerde butlan hükmünün mutlak şekilde tatbiki, korunmak istenen kimselerin menfaatlerine asla uygun düşmez. Bu bakımdan bir akit uyarınca yerine getirilecek edalar meselâ teslim edilecek mallar veya ödenecek paralar hakkında en yüksek bir had tesbit edilmiş bulunmasına rağmen bu haddi aşkın olarak yapılan akitlerdeki edaların ancak haddi aşan kısmının hükümsüz sayılması ve*

⁷⁹ Doktrinde emredici hükümlerin geniş ve dar anlamıyla kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda dar anlamda emredici hükümlerin yasaklayıcı hükümleri kapsamadığını görmekteyiz. Bkz. 282; **Kocayusufpaşaoğlu**, §42, N. 22, s. 537; **Kaşak**, 2019a, s. 284.

⁸⁰ **Kaşak**, 2019a, s. 283.

⁸¹ **Kaşak**, 2019a, s. 284.

⁸² **Kaşak**, 2019a, s. 284.

⁸³ **Kaşak**, 2019a, s. 284.

⁸⁴ *Benzer yönde bkz.* **Antalya, Gökhan** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s. 382.

⁸⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, 2010, §42, N.22, s. 537; **Kaşak**, 2019a, s. 284.

fakat en yüksek hat içinde olan kısmın muteber tutulması kanun koyucunun en yüksek had koymayı derpiş ederek varmak istediği koruma gayesine uygundur. İkinci cümle hükmü, bu esası belirtmek üzere konulmuştur. Fakat hususi kanun hükmünden akdin tamamının bätıl olacağı anlaşılakta ise bittabi bu madde hükmü yerine o hususi hüküm tatbik olunacaktır.” Görüleceği üzere; ticari hükümlerle getirilen yasağa aykırılık hükmün kendisinden ileri gelmektedir⁸⁶. Hükmün uygulanmasına dair verilecek örneklerden de anlaşılacağı üzere; doktrinde ifade edildiği gibi söz konusu yasağın hükmün anlam ve amacından hareket edilerek yaptırımının belirlenmesinin doğru bir yöntem olmadığı kanaatindeyiz⁸⁷. Bu yüzden hükmü yine iki parçaya ayırarak incelemekte fayda vardır.

Birinci parça açısından ticari hükümlere tabi bir ticari nezdinde getirilen olumsuz emrin, daha doğru tabirle yasağın söz konusu olduğu hallerde ya ilgili hükümde yaptırım öngörülmemeli veyahut da -aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde- butlan harici bir yaptırım öngörülmalıdır. O halde söz konusu yasak bazında hükmün anlam ve amacından ziyade lafza sadık kalınması yeterli olacaktır. Zaten Türk kanun koyucusunun hükmü yasaklayıcı kural koyma niyetiyle öngörmediğini düşünmekteyiz. Diğer bir deyişle, yasaklayıcı kural koyma şeklinde hukuki bir bilinçten bahsedilemez. Öyle olsa idi tüm özel hukuka yayar şeklinde bu düzenlemenin Alman hukukunda olduğu gibi düzenlenmiş olması gerekirdi.

Hükmün ikinci parçasını ele aldığımızda ise, butlana bir istisna getirilerek zaten yasakların da ekseriyetle azami sınır şeklinde ortaya çıktığı hallere özgü TBK m.27/2-2. cümlesinin uygulama alanı dışına çıkılmıştır. Nitekim bu yasağın işlem ve şartları değil yalnızca sözleşmelere özgü olduğu da vurgulanmaktadır. Yasak kuralın önemine binaen söylemek gerekir ki: “İşlemi

⁸⁶ Benzer yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, 2010, §42, N. 26, s. 540.

⁸⁷ Bu kanaate yöneltilecek tek eleştiri kanuna karşı hile halinde ne olacağıdır? Zira lafız açısından kanuni bir yasağa aykırılığın oluşmadığı; ancak kanuni yasağın anlamında hukuka aykırı bir sonucun ortaya çıktığı hallerde kanuna karşı hile meydana gelecektir. Bu hususta bağımsız, kendine özgü kuralların mı söz konusu olduğu yoksa yorum ve kıyasa dair temel ilkelerin uygulanması gerektiği konusunda tartışma vardır. *Bu konudaki tartışmalar için bkz. Armbrüster*, Münchener Kommentar zum BGB, § 134, Rn. 11 ff.

yap, bu konuda özgürsün; ancak kanuni bir yasak halinde işlem budanacaktır.”. Sonuç olarak irade özerkliği sekteye uğramamıştır. Emredici hükümlerin aksine, oluşu açısından muhafaza altında tutulan irade sabit tutulup, ona bağlanan hukuki sonucun hukuki bir sınırdan tutulması sağlanmaktadır. Bu yüzdendir ki, birazdan göreceğimiz üzere; emredici hükme aykırılık ile yasaklayıcı kurala aykırılığın yaptırımları arasında bir farklılığa gidilmesi de işin tabiatındandır.

Sonuç olarak hükmün her iki parçası açısından ihlal edilen yasaklayıcı kanun hükmünün sözleşmenin içeriğine ilişkin olup olmamasının uygulanacak yaptırımının belirlenmesi noktasında⁸⁸ önemli olmadığını düşünmekteyiz.

V. TTK M. 1530/1 BAĞLAMINDA TİCARİ HÜKÜMLERLE YASAKLANMIŞ İŞLEMLERE VE ŞARTLARA UYGULANACAK YAPTIRIM

Hükme uygulanacak yaptırımın belirlenmesi açısından hükmün - yukarıdaki başlıklarda olduğu üzere- iki parçaya ayrılarak incelenmesinde fayda vardır.

Hükmün birinci parçasından ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Buradaki batıl ibaresi kesin hükümsüzlük anlamındadır⁸⁹. Bu noktada işlemin ya da şartın bölünebilir olup olmadığına veyahut tarafların farazi iradelerine bakılmaksızın kanuni yasağı ihlal etmesi kaydıyla ve aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe butlan yaptırımı uygulanacaktır. Bu noktada butlanın tam butlan şeklinde karşımıza çıktığını söylemek gerekir. Bu yüzden işlem ya da şart başlangıçtan itibaren geçersiz olacağı için hiçbir zaman geçerlilik kazanamayacak ve hiçbir hukuki sonuç doğuramayacaktır⁹⁰. Sonuç itibarıyla, butlan zamanla ortadan kalkmayacak, işlem taraflarca onansa ya da teyit veyahut da edimler ifa edilse bile, sıhhat kazanamayacaktır⁹¹. Nitekim hükmün birinci cümlesinin genel manada kamu yararı gözetilerek

⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, 2010, §42, N. 24 vd., s. 538 vd.

⁸⁹ TBK m.27/1'de 'kesin hükümsüzlük' karşısında hükümde 'batıl' ibaresinin kullanılması terminolojiyi bozmaktadır.

⁹⁰ Benzer yönde bkz. **Eren**, s. 350; **Antalya**, Cilt I, s. 130-131.

⁹¹ **Eren**, s. 350-351; **Antalya**, Cilt I, s. 131.

öngörüldüğü düşünülecek olursa butlan yaptırımı en doğru seçenek olmuştur. Örneğin; TTK m. 362⁹²⁹³. Ayrıca TTK m.362’de olduğu gibi üç yıllık süreyi geçen esas sözleşmedeki yönetim kurulu üyesinin seçimi hükmünün TTK m.1530/1-1. cümlesi uyarınca batıl olması halinde kanun boşluğu gündeme gelmeyecektir. Bunun yerine kanunun emredici hükmü devreye girecektir⁹⁴. Zaten bulunduğumuz bu yargı her yasaklayıcı kuralın emredici; ancak her emredici nitelikteki kuralın yasaklayıcı olmamasının bir neticesidir⁹⁵.

Hükmün ikinci parçasına uygulanacak yaptırım açısından ise doktrinde yapılan yoğun bir tartışmaya tanık olmaktayız. Bu tartışmayı özetleyecek olursak;

Bir görüşe göre, hükme uygulanacak yaptırım kısmi butlan olmayıp, bizzat Kanun tarafından belirlenen bir tahvildir⁹⁶.

Bir görüşe göre ise⁹⁷, TTK m.1530/1’in lafzı gereğince ilgili batıl hükmünün tamamen batıl sayılıp yerine en yüksek had üzerinden yapılmış bir yeni bir hüküm geçecektir. Bu bağlamda TTK m.1530/1’in yol gösterici bir hüküm olduğundan hareketle hâkimin somut olayın şartları çerçevesinde tercihinin göre ya azami had üzerinden ya da daha düşük bir değer üzerinden

⁹² “Yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl süreyle görev yapmak üzere seçilir.” Görüldüğü üzere hükümde seçim süresine dair üst sınırın aşılması halinde ne olacağı düzenlenmemiştir. Esasen bu durum hükmün ikinci cümlesinin uygulama alanına giriyor gibi gözükse de sözleşme esas sözleşmeyi kapsamamaktadır. Bu yüzden bu şartın TTK m.1530/1 hükmü gereğince batıl olduğunun kabulü bir zorunluluktur. Yoksa de lege ferenda düşünülerek hükmü uygulamayarak aşan kısmı budamak hakkaniyete uygun olacaksa da hükmü konusuz bırakmış oluruz.

⁹³ Seçim kararındaki aşırı kısmın üç yıla indirileceği, yani butlan yaptırımının söz konusu olduğu yönünde bkz. **Moroğlu, Erdoğan** (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 184; **Kırkbeşoğlu**, s. 39.

⁹⁴ Zaten emredici hükme ters düşen sözleşme hükmü geçersiz sayılmadan, emredici kanun hükmünün bunun yerine geçmesi söz konusu değildir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, 2010, § 42, N.18, s. 535.

⁹⁵ TTK m.1530 /1’in uygulama alanına girmeyen hallerde doktrindeki hâkim görüşün takip edilerek değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁹⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, dipnot 32, s. 792.

⁹⁷ **Atamer, Yeşim** (2001) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul, Beta, s. 232 ve 233.

sözleşme boşluğunu doldurabileceği şeklinde yorumlanması gerekir. Bu görüşün bir benzeri ise şu şekilde karşımıza çıkmaktadır⁹⁸. Buna göre, değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğü uygulayarak, bilhassa yasal sınır belirlemek suretiyle tek taraflı koruma amacı olan emredici hükümlere aykırılıkta, korunmak istenen tarafın, sözleşmenin tamamının geçersizliği hususunda seçim hakkının olması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira karşı tarafın nasıl olsa yasal sınırın geçerli olacağı düşüncesiyle sözleşmeyle bağitlanması engellenmiş olacaktır. Bu durumda TBK m.27/2’de örtülü boşluk bulunduğu ve ihlal edilen emredici hüküm çerçevesinde söz konusu hükmün amaca uygun sınırlandırılarak somut olaya ilişkin boşluğun doldurulması sağlanacaktır.

Bir başka görüşe göre ise⁹⁹, aşırı bedelli sözleşmeler için kısmi butlan türü sayılabilecek indirim müessesesi, yani düşey kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda TBK m.27/2 kısmi butlan ile ilgili genel kuralın kanuni çerçevesini teşkil eder. Bununla birlikte TTK m.1530/1, TBK m.27/2-son cümlesinin uygulanmasını bertaraf etmektedir. Bu hüküm, öngörülen sınır aşıldığında sözleşme boşluğuna yer verilmeksizin uygulanacaktır. Bu yüzden TBK m.27/2-2. cümlesindeki farazi iradeler dikkate alınmayacaktır. Hatta hükmün zayıfı koruma amacına sahip üst sınır getiren hükümlere aykırılık halinde kıyasen uygulanmasının kabulü sözleşmenin bölünebilir olduğunu kabul etmekle kolaylaşacaktır¹⁰⁰. Bu yüzden hükmün

⁹⁸ **Akbulut, Pakize Ezgi** (2016) Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 354.

⁹⁹ **Hatemi**, s. 579 vd.; **Kırkbeşoğlu**, s. 225 vd. Nitekim Antalya da, TTK m.1530’un içerik değiştirici kısmi hükümsüzlüğü görüşüne göre değil, hükmün kendisinin bölünebilirliği görüşüne örnek verilebileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda ‘*En yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır.*’ denilerek kanun koyucunun bu sınıra kadar olan kısmı geçerli, bunu aşan kısmı ise geçersiz olarak kabul ettiği çıkarımında bulunulabilir. Bkz., **Antalya**, Cilt I, s. 391. Kanunda öngörülmüş bedel, ücret, faiz ve süre sınırlamalarına uymayan bir hukuki işlemin bu gerekçelere aykırı düşen ölçüsüz kayıtlarının TBK m.27/2’nin sınırlayıcı ölçütlerine bakılmaksızın, budanarak işlemin her halde geçerli tutulması şeklinde de karşımıza çıktığı ifade edilmektedir. Bu yüzden eksik geçerlilik yaptırımına geçerliliği herhalde koruyucu indirim de denilebilir. Bkz. **Serozan**, 2017, III §7 N.26 g, s.390.

¹⁰⁰ *Bölünebilirliği maddi anlamda kendi içerisinde bölünebilen bir sözleşme hükmü olarak anlamak gerektiği yönünde bkz. Kırkbeşoğlu*, s. 229.

amaca uygun yorumundan hareketle sınır koyan hükümler açısından tarafların farazi iradelerinin bertaraf edilmek istendiği, hatta iade talepleri bakımından TBK m.78/1 engeline karşı zayıf tarafa özel bir koruma sağlanmak istendiği çıkarımında bulunabilir. Bununla birlikte düşey kısmi hükümsüzlüğün doğrudan ihlal edilen normun anlam ve amacı esas alınarak hükmün açık lafzından kaynaklandığı belirtilmektedir.

Bu konudaki hâkim görüş ise¹⁰¹, TTK m.1530'da kanuni bir indirim, yani değiştirilmiş kısmi butlan¹⁰² söz konusu olduğunu savunmaktadır. Buradaki indirimin kaynağı doğrudan hükmün kendisidir. Bu bağlamda en yüksek haddi aşan sözleşme bölünmeksizin bir bütün halinde geçersiz kabul edilmelidir. Bununla birlikte sakat kısmın yerini ikame bir anlaşma almaktadır. Bu anlaşmanın özelliği sakat anlaşmayla bir ilginin olmaması ve yalnızca sakat kısmın yerine geçen yeni bir anlaşma olmasıdır. Bu yüzden burada aşkın kısmın etkilerinin yenilik doğuran bir kararla en yüksek hadde indirilmesi söz konusu değildir. Bu sayede tarafların en yüksek haddin altında bir edim kararlaştırmaları halinde, sözleşmenin bu edimle koruma altına alınması imkânına da yer verilmiş olmaktadır.

Kanaatimizce yukarıdaki görüşlerin hiçbirisi TTK m.1530/1 gereğince öngörülen yaptırımı karşılamamaktadır.

Bir kere tahvil açısından konuya yaklaşıldığında, burada sözleşmenin nicel kısımlarındaki indirim batıl bir sözleşmenin hükümleri farklı başka bir tipteki sözleşmeye çevrilerek ayakta tutulması söz konusu değildir¹⁰³. Bu, ayakta kalan işlemin, tarafların öngördükleri işleme oranla, kısmi butlanda nicelik

¹⁰¹ **Başpınar, Veysel** (1998) Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Ankara, BTHAE, Adalet Matbaacılık, s. 168 vd.; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, “*Değişik Kısmi Hükümsüzlük’ Ve ‘Geniştirilmiş Kısmi Hükümsüzlük’ Kavramları İle İlgili Düşünceler*”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, s. 32. Ateş, her ne kadar doktrindeki hâkim görüşe katılıyor olsa da, değiştirilmiş kısmi butlanın bir türü olan yasal bir indirim hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Ateş, Derya** (2007) Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 291.

¹⁰² *Bu tür sözleşmelerin caiz haddi aşmayan kısmı geçerli, diğer kısımlarının sakat olduğu gibi bir ayrımın ortadan kalkacağı yönünde bkz. Başpınar*, s. 170.

¹⁰³ **Kırkbeşoğlu**, s. 231. Zaten bir hukuki işlemi onun niteliğini değiştirmeden kısmen geçerli saymak ile başka bir işlem olarak muhafaza etmek farklı hususlardır. Bkz. **Başpınar**, s. 168.

yönünden, tahvilde nitelik yönünden bir farklılaşmanın neticesidir¹⁰⁴. Nitekim tahvilde sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılarak farklı bir tip ile ayakta tutulması söz konusudur¹⁰⁵.

Ayrıca hükümden dolayı zayıf tarafı korumak adına hâkime bir tercih hakkının tanındığı ve sözleşme boşluğunun ortaya çıktığı durumun gerçek dışı olduğunu söylemek gerekir. TTK m.1530'un uygulama alanına giren haller açısından bir kanun boşluğunun –sözleşme boşluğunun- ortaya çıkması söz konusu değildir. Zira burada –hiç olmazsa- kanunun emredici hükümleri devreye girerek uygulama alanı bulacaktır. Örneğin; TTK m.123/1-2. cümle. Bunun sebebi, hükmün öngördüğü yaptırımın kendine özgü olmasıdır. Zaten hâkime takdir yetkisinin tanındığı bir durumun söz konusu olmadığını hükmün yarı (nispi) emredici nitelikte olmasından hareketle söyleyebiliriz.

Değiştirilmiş kısmi butlanın varlığını ileri süren görüşün ise yerinde olmamasını TTK m.1530/1'in açık lafzı ile açıklamaktayız. Böyle bir hüküm var iken hükmün yaptırımı konusunda bir tartışmaya girmeye gerek yoktur. Nitekim yukarıda eleştirdiğimiz görüşe karşılık açıkça sözleşmenin en yüksek had üzerinden yapılmış sayılacağı ifade edilerek hükmün yaptırımının kendine özgü olduğu¹⁰⁶, değiştirilmiş kısmi butlanın şartlarının tümünün somut olayda araştırılmasına gerek bulunmadığı belirtilmelidir. Biz bu görüşün savunulmasını hükmün iki parçaya ayrılarak incelenmemesinden kaynaklandığını düşünmekteyiz. Bu düşüncemizi, hükmün birinci fıkrasının birinci cümlesinin istisnası olarak gördüğümüz ikinci cümle ile de

¹⁰⁴ Tahvil ile kısmi butlanın yan yana bulunabileceği yönünde bkz. **Kaneti, Selim** (1972) Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 18 ve 19.

¹⁰⁵ **Kırkbeşoğlu**, s. 231. Benzer yönde bkz. **Başpınar**, s. 168

¹⁰⁶ Zaten hükmün gerekçesi de bunu teyit eder niteliktedir. Buna göre; “*Borçlar Kanununun 20 nci maddesinin son cümlesi hükmünce kanuna aykırı şartlar olmaksızın akdin yapılamayacağı kati olarak bilindiği takdirde akdin tamamen bâtil sayılacağı kabul edilmiş olduğundan en yüksek haddi aşan akitlerde kanuna aykırı olarak en yüksek haddi aşan alacağın alacaklısı bulunan kimsenin bu hükmü ileri sürüp akdin tamamıyla bâtil olduğunu tespit ettirmesi dahi mümkündür. Halbuki bu imkân en yüksek had hakkındaki kanun hükmünün konuluş gayesine aykırı düşer. Bu engeli de ortadan kaldırmak üzere son cümle hükmü konulmuş ve böylece ikinci ve üçüncü cümleler hükmünün tatbikinin önlenmesine meydan bırakılmamıştır.*”

kanıtlayabiliriz. Haliyle değiştirilmiş kısmi butlanı kabul ettiğimizde, hâkimin boşluk doldurma faaliyetinde bulunurken TBK m.27/2-2. cümlesi gereği tarafların farazi iradelerinin de hesaba katılması gerekecektir¹⁰⁷. Oysaki kanunun üst sınır koyduğu birçok hüküm zayıf tarafı koruma amacı ile bağdaşmaz niteliktedir¹⁰⁸. Bu yüzden tarafların farazi iradelerinin sözleşme açısından göz önünde bulundurulması fuzulidir. Nitekim hükmün açıkça lafzı –kanunda öngörülen sınırın aşılması hallerinde- tarafların farazi iradelerinin mutlak anlamda bu sınırı kapsamına aldığından aksi mümkün değildir. Bu, çoğun içinde azı vardır prensibinin bir gereğidir.

Konuya düşey kısmi hükümsüzlük açısından yaklaşan görüşün ise değiştirilmiş kısmi butlandan tek farkı, hâkimin tarafların farazi iradelerini dikkate almayarak, sınırın aşılması halinde budamayı başta yapmasıdır¹⁰⁹. Bu noktada doktrindeki bir görüşün dahi aşırı sözleşme hükmünü batıl sayıp caiz miktardaki bir sözleşmeyle ikame etmek ya da aşırı miktardaki sözleşme hükmünü kısmi batıl kabul edip doğrudan caiz miktara indirmek arasında sonuç bakımından hiçbir fark bulunmadığını ileri sürdüğü bilinmektedir¹¹⁰. Zaten bu düşey kısmi hükümsüzlüğün değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün bir alt türü olmasından ileri gelmektedir¹¹¹. Bir kere *Kırkbeşoğlu*'nun ifade ettiği gibi somut olayda maddi anlamda kendi içerisinde bölünebilen bir sözleşme hükmünü aramak bizce yerinde değildir. Bölünebilirlik hükmün anlam ve amacına aykırılık teşkil eder. Burada kanunen ya da yetkili makamlarca öngörülen limitin sınırlarının aşılması halinde ne olacağı düzenlenmiştir. Zaten işin doğası gereği budama işlemi sınır aşıldığında kendiliğinden gerçekleşecektir; yoksa burada sözleşmenin bölünebilirliğine bakmak anlamsızdır. Bunu ancak TTK m.1530/1'in uygulama alanına girmeyen hallere özgü olarak yapabiliriz. Bu yüzden de değiştirilmiş kısmi hükümsüzlüğün kaynağını teşkil eden TBK m.27/2'den faydalanmaya veyahut hükmü onun bir

¹⁰⁷ **Kırkbeşoğlu**, s. 227.

¹⁰⁸ **Kırkbeşoğlu**, s. 227-228.

¹⁰⁹ *Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu*, s. 227 ve özellikle 228 vd.

¹¹⁰ *Bu görüş için naklen bkz. Kaşak*, 2019a, s. 440-441.

¹¹¹ **Kırkbeşoğlu**, s. 228.

türevi olarak görmek doğru değildir¹¹². Bu yüzden hükümde öngörülen yaptırımın kendine özgü olduğu kabul edilerek hukuki sonucun *en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılma* yaptırımı şeklinde adlandırmak doğru bir tercih olacaktır. Bunun sonucunda hükümdeki fazla kısmın budanmasının sözleşmenin varlığına hâle getirmeyeceği ve bu konuda hukuki bir boşluğa mahal verilmeksizin yaptırımın uygulanacağı tartışma götürmez. O halde hâkimin önüne gelen somut uyuşmazlıkta emredici-yasak kuralı uygulamak zorunda olduğundan bu hususu re'sen göz önünde tutacaktır. Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken bir noktada hükmün kıyasen uygulanmasının düşünülemeyecek olmasıdır. Bundan kastımız yukarıda incelendiği üzere hükmün TMK m.5'ten hareketle niteliğine uygun düştüğü ölçüde adi işlere uygulanmasının söz konusu olmamasıdır. Zira burada kanun boşluğu ortaya çıkmayacağı gibi TBK m.27/2, bunun cevabını örtülü de olsa vermektedir.

TTK m.1530/1-2. cümlesi gereği; “...*Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; **sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır...***” Bu ayrıksı kural neticesinde kanun tarafından belirlenmiş en yüksek haddi aşan ödemelerin iade talebini, fazlanın göz göre göre ödenmesi bile engellememektedir¹¹³. Her ne kadar burada koyu puntuyla yazılan ifadenin

¹¹² Şayet böyle olacaksa, hükme bağlanacak yaptırımın düzey kısmi hükümsüzlük değil, zorunlu basit hükümsüzlük olması gerekirdi. Çünkü kanun hükmü gereği zorunlu şekilde ortaya çıkan ihlal edilen normun sözleşmenin zayıf tarafını veya ekonomik kamu düzenini koruma amacına sahip olan emredici nitelikte bir hüküm olması veya kanun hükmünün açık lafzından kısmi hükümsüzlük çıkması veya TBK m.27/2-2.cümle gereği tam hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasını çektiği durum olması ve geçersiz kısım olmaksızın sözleşmenin ayakta kalabileceği bir durum varsa zorunlu basit kısmi hükümsüzlük yaptırımı uygulanabilecektir. *Bu konuda bkz. Kırkbeşoğlu*, s. 206.

¹¹³ **Bozer/Göle**, s. 291. Bu kuralın özellikle fahiş para ve faiz ödeyen tüketiciyi koruyucu işlevi olumludur. *Bkz. Serozan, Rona* (2016) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa/İfa Engelleri/Haksız Zenginleşme/Ek Uygulama Çalışmaları, *Üçüncü Cilt*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, Üçüncü Bölüm, §25, N.11, s. 338.

teknik bakımdan gereksiz olduğu söylenmişse de¹¹⁴, bizce TBK m.77 ile 78 arasındaki hukuki bağlantının kurulması adına ticari işi adi işten ayırma gerekliliği vardır. Burada TBK m.77'ye dayanarak iade talebinde bulunanın, TBK m.78'in aksine, kendisini hataen borçlu sandığını ayrıca ispat etmesine gerek yoktur¹¹⁵.

Kanunda öngörülen yasal sınırı aşılması halinde gabinin şartları somut olayda gerçekleştiğinde TTK m.1530/1 ile TBK m.28 arasında bir yarışmanın söz konusu olmayacağını; çünkü TTK m.1530/1'in gabin hükmüne nazaran özel bir hüküm olduğunu söylemek icap eder¹¹⁶.

VI. TTK M. 1530/1'İN UYGULAMA ALANININ MEVZUATTAKİ (ÖRNEK MAHİYETİNDE) DÜZENLEMELER İŞİĞİNDE SOMUTLAŞTIRILMASI

TTK m.123/1gereği; *“Acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandıran anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi gerekir. **Anlaşma en çok, ilişkinin bitiminden itibaren iki yıllık süre için yapılabilir** ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir. Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolayısıyla, acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır.”*

Acentelikte rekabet yasağı anlaşması bakımından getirilen azami sürenin emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹⁷. Bu yüzden iki yılı aşan bir süre için anlaşılması durumunda sözleşme aşkın kısım açısından batıl, diğer kısmı

¹¹⁴ Zira sözleşmenin en yüksek sınırı aşan kısmı batıl olduğundan, bu kısma ilişkin fazla ödemenin iadesi de TBK m.77'ye dayanılarak talep edilecektir. Bkz. **Karayağın**, s. 541-542; **Arkan**, s 97.

¹¹⁵ **Arkan**, s 97.

¹¹⁶ **Kalkan**, s. 162 ve 163.

¹¹⁷ **Can, Ozan** (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 89. *Sürenin kesin ve azami olduğu yönünde bkz. Kaya, Arslan* (2013) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m102-123), 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 292.

açısından geçerli olarak varlığını sürdürecektir¹¹⁸. Esasen biz, bu durumun TTK m.1530/1-2. cümlesinin bir gereği olduğunu¹¹⁹ ve hükmün yasaklayıcı kural şeklinde karşımıza çıkmasının bir neticesi olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim bu sonuca TTK m. 123/4¹²⁰ gereğince de varılabilir¹²¹. Esasen burada şu tartışma dahi yapılabilir: TTK'da özel hüküm var iken, bu konuda genel hüküm niteliğinde olan bir hükme gitmeye gerek var mıdır? Kanaatimizce TTK m.123/4'ün,TTK m.1530/1-2. cümlesi ile tamamlanmasına ihtiyaç vardır. Aksi halde süre tayini konusunda hâkime tanınmış takdir yetkisinin varlığı gündeme gelebilirdi. Diğer taraftan hükmün yasaklayıcı kural niteliğinde olmasının bir sonucu olarak da rekabet yasağı anlaşmasında azami sürenin açıkça kararlaştırılmasına da gerek yoktur¹²²; meğerki taraflar iki yıldan daha kısa bir süre öngörmek istesinler.

TTK m.678/1¹²³gereğince; *“Temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir poliçeye imzasını koyan kişi, o poliçeden dolayı bizzat sorumludur; bu poliçeyi ödediği takdirde, temsil olunduğu kabul edilen kişinin haiz olabileceği haklara sahip olur. Yetkisini aşan temsilci için de hüküm böyledir.”* Bu hükmü incelememizdeki maksat, temsil yetkisinin miktar bakımından aşılması halinde temsilcinin sorumluluğunun ne şekilde tayin edileceği meselesinin ortaya çıkacak olmasıdır. Biz bu durumda¹²⁴ temsilcinin yalnızca yetkisini aşan kısmından sorumlu tutulması gerektiğini düşünmekteyiz. Esasen bu hükümde de bir yasal sınırın aşılmasından bahsedilebilir. Şöyle ki, sözleşmeyle verilen temsil yetkisine bir miktar sınırlandırması getirildiğinde artık bu sınır taraflar arasında yasal bir sınır olacaktır. Bu bağlamda TTK m.1530/1'e getirilen bir istisnanın da TTK m.678 olduğu söylenebilir. Bu takdirde hükmün ikinci cümlesine gidilebileceği düşünülebilirse de, bunun mümkün olmadığını, hükmün anlam ve amacından

¹¹⁸ Kaya, s. 293; Can, s. 90.

¹¹⁹ Aynı yönde bkz. Can, s. 90.

¹²⁰ “Bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir.”

¹²¹ Can, s. 90.

¹²² Can, s. 90.

¹²³ Bu hükmün de esasen yasaklayıcı bir kural şeklinde karşımıza çıktığını söyleyebiliriz.

¹²⁴ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Karahmetoğlu, İsmail Özgün (2018) Limited Şirketin Temsili, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 208 vd.

hareket ederek bir sonuca ulaşılması gerektiği kabul edilmelidir. Bu açıdan hükmün ikinci cümlesine başvurulamayışın sebebi, genel kuralın TTK m.678/1’de belirtilmesinden ileri gelmektedir. Bu hükmü TTK m.1530 ışığında yorumladığımızda sözleşmesel (yasal) sınıra kadar bir izin verildiğini; bununla birlikte bunu aşan kısım açısından değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük ya da en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılma yaptırımlarından herhangi birisinin uygulama alanının dışına çıkıldığı çıkarımında bulunulabilir.

TTK m.1530/5 gereğince; **“Sözleşmede öngörülen ödeme süresi, faturanın veya eş değer ödeme talebinin veya mal veya hizmetin alındığı veya mal veya hizmetin gözden geçirme ve kabul usulünün tamamlandığı tarihten itibaren en fazla altmış gün olabilir. Şu kadar ki, alacaklı aleyhine ağır bir haksız durum yaratmamak koşuluyla ve açıkça anlaşmak suretiyle taraflar daha uzun bir süre öngörebilirler. Ancak alacaklının küçük yahut orta ölçekli işletme (KOBİ) veya tarımsal ya da hayvansal üretici olduğu veya borçlunun büyük ölçekli işletme sıfatını taşıdığı hâllerde, ödeme süresi, altmış günü aşamaz.”** Para borcunun ifası için altmış günden fazla bir ödeme süresi belirlenmesi halinde sözleşmede öngörülen bu hükmün hukuki akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce TTK m.1530/1-1. cümlesine TTK m.1530/4-1. cümlesiyle bir istisna getirildiğini görebiliriz. Hakikaten TTK m.1530/4-1. cümlesinde; **“Sözleşmede ödeme günü veya süresi belirtilmemişse veya belirtilen süre beşinci fıkraya aykırı ise, borçlu aşağıdaki sürelerin sonunda ihtara gerek kalmaksızın mütemerrit sayılır ve alacaklı faize hak kazanır.”** Bu yüzden doktrinde ileri sürülen TTK m.1530/1’in de bu konuda uygulanabileceği düşüncesi¹²⁵ doğru değildir. Zaten hükmün dördüncü fıkrası birinci fıkrasına nazaran özel hüküm niteliğindedir. Bununla birlikte yasal ödeme süresinin aşılması halinde TTK

¹²⁵ Bu görüşün de akla gelebileceği ihtimali için bkz. Ayan, Serkan (2010), “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, DEÜHFD, C:12, Özel Sayı, s. 748-749; Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan (2014) Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku’nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 275; Atamer, Yeşim/ Nilsson, Gül Okutan (2013) “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, Batider, C: 29, S: 3, s. 51-52.

m.1530/1 uyarınca tam butlanın varlığı kabul edilmelidir¹²⁶. Bu takdirde sözleşmede bir boşluğun oluşacağı ve bunun da bu yasal sürenin aşılması halinde uygulanacak hükmün dördüncü fıkradaki 30 günlük süre ile tamamlanması gerektiği kabul edilmelidir¹²⁷.

TBK m.88¹²⁸ ve 120¹²⁹ hükümlerinin ticari anapara faizine ve ticari temerrüt faizine sınırlama getirip getirmediği doktrinde tartışmalıdır¹³⁰. Bu konuda biz bu sınırlamaların TTK m.8¹³¹ ve 9¹³² kapsamında ticari faizlere uygulanamayacağı kanaatindeyiz¹³³. Bu bağlamda TTK m.1530/1'in yalnızca ticari işlere uygulanacağından bahisle, TBK m.88 ile 120'nin yasaklayıcı bir kural mahiyetinde görülmemesi gerekir. Bu yüzden ticari işlerdeki serbestiye getirilen sınırlandırmanın cevabını TBK'de aramak doğru değildir.

TTK m. 358 gereği; *“Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.”* Bu hükümde öngörülen pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı şartlarını

¹²⁶ **Yıldız, Mustafa Göktürk** (2018) “TBK m 117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK m. 1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi”, İÜHFİM, C: 76, S: 1, s. 373. *Benzer yönde bkz. Ayan, s. 748.*

¹²⁷ *Aynı yöndeki görüş için bkz. Yıldız, s. 373; Atamer/Nilsson, s. 52. Bu görüşün de eleştirilebilir taraflarının olduğu yönünde bkz. Ayan, s. 749; Aydoğdu/Ayan, s. 275.*

¹²⁸ *“Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık faiz oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz.”*

¹²⁹ *“Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz.”*

¹³⁰ *Bu konudaki doktriner tartışmaların toplu hali için bkz. Yağcı, Kürşad* (2013) “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m 8 ve TTK m 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İÜHFİM, C: 71, S: 2, s. 431 vd. ayrıca TTK m.8/4 hükmü uyarınca; bu hükmün ikinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olarak işletilen faizin yok hükmündedir. Her ne kadar terminolojik farklılık söz konusu olsa da TTK m.1530/1 hükmündeki hukuki sonucun burada da geçerli olması gerektiği yönünde bkz. **Nomer, N. 167, s. 287.**

¹³¹ *“Ticari işlerde faiz oranı serbestçe belirlenir.”*

¹³² *“Ticari işlerde; kanuni, anapara ile temerrüt faizi hakkında, ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.”*

¹³³ *Aynı yöndeki görüş ve bunun ayrıntılı gerekçeleri hakkında bkz. Yağcı, s. 432 vd.*

taşımayan işlem TTK m.1530/1-1. cümlesi gereği tam butlana tabidir¹³⁴; meğerki işlem başka bir kanuni yasağın kapsamına girsin¹³⁵. Burada ayrıca bu hükme aykırılık açısından öngörülen adli para cezasının (TTK m.562/5-b bendi) butlan yaptırımını ortadan kaldırmadığını ve her iki yaptırımın birbirinin alternatifinin olmadığını söylemek gerekir. Zaten TTK m.358’de bir hukuki yaptırımın öngörülmeşi hükmün tamamen TTK m.1530 ile tamamlanarak yasağın ihlaline butlan yaptırımının uygulanmasını gerektirir¹³⁶. Bununla birlikte TTK m.395/2 hükmüne aykırılığın yaptırımı açısından şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilmesi karşısında işlemin geçersizliğinin ileri sürülüp sürülmeyeceği doktrinde tartışmalıdır¹³⁷. Biz bu tartışmalara girmeden TTK m.1530’un uygulanması noktasında TTK m.395/2 hükmündeki yaptırımın butlana nazaran öncelik sahibi olduğunu -hatta saf dışı bıraktığını- düşünmekteyiz. Bundan dolayı her ne kadar eleştirilebilirse de, hükmün uygulanması noktasında kanun koyucunun tavrı açık ve nettir.

TTK m.393 gereği; müzakereye katılma yasağına aykırılığın sonucunda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bunun dışında

¹³⁴ Aynı yöndeki görüş için bkz. **Kendigelen, Abuzer** (2015) Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte), 4. Mütalaa (Cilt XII, 2012-2013/1), 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 46; **Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2013) Anonim Şirketler Hukuku (Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu), 1. Baskı, Ankara, BTHAE, s. 680; **Hızır, Serdar** (2013) “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK M. 358 Üzerine Bazı Düşünceler”, Batider, C: 29, S: 2, s. 284. *TBK m.27 hükmü uyarınca kesin hükümsüzlüğün olacağı yönünde bkz. Tamer, Ahmet* (2012) “Yeni Türk Ticaret Kanunu İle Getirilen Bir Yenilik: ‘Pay Sahiplerinin (Ortakların)Şirkete Borçlanma Yasağı’ (TTK m. 358)”, TBB Dergisi, Y: 24, S: 102, s. 112.

¹³⁵ **Çolgar, Emek Toraman** (2019) Şirkete Borçlanma Yasağı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 269-270.

¹³⁶ Aynı yöndeki görüş için bkz. **Paslı, Ali** (2011) “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2-Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler”, Batider, C: 26, S: 3, s. 161; **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat, N.512 f, s. 357.

¹³⁷ TTK m.395/2-son cümlesi, TTK m.1530’da bahsedilen aksine hüküm anlamındadır. Bkz. **Paslı**, (2011) I, dipnot 44, s. 161. *Bu konudaki değerli tartışmalar için bkz. Kendigelen*, (2015) 5. Mütalaa, s. 49 vd. *Bu yöndeki eleştiri için bkz. Hızır*, s. 285.

yönetim kurulunun almış olduğu kararların batıl olduğu görüşünün¹³⁸ kanuni dayanaktan yoksun olduğunu¹³⁹, haliyle bu hükmün TTK m.1530'un bir istinası olduğunu söylemek icap eder.

TTK m.340 hükmüne aykırılığın yaptırımını kanun koyucu öngörmemiştir. Bunun için TTK m.1530/1-1. cümlesine başvurulabilir mi? Bu soruya cevap vermeden önce doktrindeki hâkim görüşün yaptırım konusunda TTK m.447 çerçevesinde bir sonuca vardığı görülmektedir¹⁴⁰. Biz ise ilk esas sözleşme ile sonraki esas sözleşme değişikliklerinin emredici hükme aykırı olduğu takdirde farklı hükümlere tabi olduğunu düşünmekteyiz. Bu çerçevede ilk esas sözleşmede emredici hükümlere aykırılık var ise bu hükümlerin batıl olduğu kabul edilmelidir. Bu doğrudan TTK m.1530/1-1. cümlesinin bir gereğidir; bu noktada TBK m.27'ye ihtiyaç yoktur. Sonraki esas sözleşme değişikliği açısından ise karar-esas sözleşme arasındaki ilişkiden yola çıkılmalıdır. Bu bağlamda -detaya girmeden-söylemeliyiz ki bu takdirde TTK m.1530/1-1. cümlesi uygulama alanı bulamaz. Zira, bu takdirde daha özel bir düzlemde düzenlenmiş bir yaptırımın varlığı (TTK m.445 ile 447), TTK m.1530/1-1. cümlesini dışarda bırakmaktadır.

TTK m.379'da şirketin kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesinin şartları düzenlendikten sonra TTK m.385'te bu şartlara uyulmaksızın yapılan iktisaba bağlanan hüküm ve sonuçları görmekteyiz. Buna göre; “379 ilâ 381 inci maddelere aykırı bir şekilde iktisap edilen veya rehin olarak alınan paylar, iktisapları veya rehin olarak kabulleri tarihinden itibaren en geç altı ay içinde elden çıkarılır ya da üzerlerindeki rehin kaldırılır.” Bu takdirde yasağa aykırı iktisabın geçersiz olup olmayacağı tartışılabilir. Bu konuda TTK m.1530'un uygulanamayacağını ve yasağa aykırılığın yaptırımının butlan

¹³⁸ Teoman, Ömer (2012) “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK m. 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?”, Batider, C: 26, S: 4, s. 11 vd.

¹³⁹ Bu konu hakkındaki açıklamalar için bkz. Karahmetoğlu, s. 233.

¹⁴⁰ Karasu, Rauf (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 69. Aksi yöndeki görüş için bkz. Paşlı, Ali, (2012) “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2-Kısım 4-Bölüm 1 ‘Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler Ve Kuruluş İşlemleri’”, Batider, C: 28, S: 2, dipnot 81, s. 172.

olmadığını düşünmekteyiz¹⁴¹. Bir kere TK m.329/1’de açıkça hükümsüzlük yaptırımına bağlanmış aykırılıktan TTK dönemiyle birlikte dönüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca doktrinde bir görüşe göre, işlemin borçlandırıcı kısmının geçersiz ve tasarruf kısmının geçerli olduğu görüşüne¹⁴² de katılmamaktayız. Zira AktG §71 Abs.4’te¹⁴³ açıkça borçlandırıcı-tasarruf işlemi ayrımı yapılması anlayışı bizim hukukumuzda açıkça kanunda öngörülmediğinden kabul edilemez niteliktedir. Nitekim *Tekinalp*¹⁴⁴ de TTK, AktG §71 Abs.4’te olduğu üzere butlanı öngörseydi borsadan yapılan iktisaplar çözümü güç sorunlar yaratacağından modern bir anlayışla hükmün yorumlanarak borsadaki işlem güvenliğinin sağlanması gerektiğini ifade etmiştir. Zaten iktisap edilen payları altı ay içerisinde elden çıkartma zorunluluğu hükme riayet edilmemesi bakımından yeterli bir hukuki sonuçtur. Bununla birlikte, TTK m.338 karşısında şirket kendisinin tek pay sahibi konumuna gelecekse TTK m.379’daki şartlara riayet edilmesinde dahi bu işlemin TTK m.1530/1-1. cümlesi gereği batıl olacağı kabul edilmelidir¹⁴⁵.

TTK m.480/3 gereği; “*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır.*” Bu hüküm ile pay sahipleri için sermayenin iadesi yasağı getirilerek sermayenin korunması amaçlanmaktadır. Bu yasağa aykırı hareket etmenin yaptırımı butlan olup, yaptırımın kanuni dayanağı TTK m.1530/1-1. cümlesidir¹⁴⁶. Bu bağlamda

¹⁴¹ *Aksi yöndeki görüş için bkz. Bahtiyar, Mehmet* (2021) Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, Beta, s. 274.

¹⁴² **Türk, Ahmet** (2016) Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarının Edinmesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 319 vd. ve 322 vd.

¹⁴³ “Ein Verstoß gegendie Absätze 1 oder 2 macht den Erwerb eigener Aktien nicht unwirksam. Ein schuldrechtliches Geschäft über den Erwerb eigener Aktien ist jedoch nichtig, soweit der Erwerb gegen die Absätze 1 oder 2 verstößt.”

¹⁴⁴ **Tekinalp, Ünal** (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, N. 9-25, s. 76-77.

¹⁴⁵ **Paslı**, (2012) II, dipnot 52, s. 159. *Benzer yönde bkz. Kendigelen, Abuzer* (2012) Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 227.

¹⁴⁶ **Kırca, İsmail** (2009) “Anonim Şirketlerde Sermayenin İadesi Yasağı (TTK 405/II) ile İlgili Bir İnceleme (11.HD’nin 10.06.2008 Tarih ve E. 2007/12661, K. 2008/7660 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)”, Prof. Dr. Haluk Konuralp’ın Anısına Armağan, Cilt 3, Ankara, Yetkin, s. 650; **Çalışkan, Esra** (2011) “Anonim Ortaklıklarda Sermaye Payının İadesi Yasağı”,

hükme aykırılık oluşturan bir ödemeyi öngören esas sözleşme hükmü, genel kurul kararı veyahut da pay sahibiyle şirket arasında yapılan bir sözleşme de batıldır¹⁴⁷. Batıl bir işlemin yapılmış olmasından dolayı kanun gereği, sözleşmeye dayalı olarak verilenlerin geri alınması amacıyla istihkak ya da sebepsiz zenginleşme davası açılabilir¹⁴⁸. Bununla birlikte verilenlerin bu yollardan biriyle iadesi, batıl olan sözleşmenin doğurduğu sonuçlar değildir. Bunlar taraflarca yerine getirilmiş edimlere kanunen bağlanmış sonuçlardandır¹⁴⁹.

TK m.1466 döneminde Yargıtay Ticaret Dairesi, 30.01.1971 tarihli bir kararında teminat mektubu komisyon ücretlerinin Bakanlar Kurulu kararnamesi ile en çok %4 olarak saptandığı gerekçesiyle, fazla miktar öngören sözleşmenin %4 üzerinden yapılmış sayılacağı sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁰. Benzer şekilde 1963 tarihinde YHGK, TK m.1466 hükmünü göz önünde bulundurarak banka şube müdürünün yetkisini aşarak yaptığı kredi sözleşmesiyle verdiği teminat mektubunun ticaretteki akıcılığı ve bankalara olan güveni sarsacağı endişesiyle iptalinin hatalı olduğu yönünde karar vermiştir¹⁵¹.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu¹⁵² m.54 gereğince; *“Bankalarca bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredilerin toplamı özkaynakların yüzde yirmibeşini aşamaz. Bu oran, 49 uncu maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan risk grubu bakımından yüzde yirmi olarak uygulanır.*

(Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 79. *Başka bir gerekçe ile aynı hukuk sonuç için ve hukuki sebebin butlanı hakkında bkz. Sevi, Ali Murat (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin., s. 520 ve 521.

¹⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, 2010, §43, N.10, s. 581; Çalışkan, s. 82-83. Benzer yönde bkz. Oğuzman/Barlas, N.753, s. 222.

¹⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, 2010, §43, N.10, s. 581; Çalışkan, s. 83. *İstihkak davasının açılmadığı durumlarda pay sahibinin geri ödeme yükümlülüğünün hangi hukuki sebebe dayandığı konusundaki hukuki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sevi, s. 513 vd.*

¹⁴⁹ Sebepsiz zenginleşmeye dair hükümlerin anonim şirketlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde ihtiyatlı bir şekilde uygulanması gerektiği yönünde bkz. Çalışkan, s. 83.

¹⁵⁰ Bahtiyar, 2019, s. 85-86.

¹⁵¹ *Bu kararın TTK m.1530/1 hükmü açısından da dikkate alınmasının faydalı olacağı yönünde bkz. Bozer/Göle, s. 292.*

¹⁵² RG: 1/11/2005, Sayı: 25983 (Mük.)

Kurul, bu oranı yüzde yirmi beşe kadar yükseltmeye veya kanunî haddine kadar indirmeye yetkilidir. Bir adi ortaklığa verilen krediler, sorumlulukları oranında ortaklara kullanırlanmış sayılır.” Burada bir gerçek ya da tüzel kişiye veyahut bir risk grubuna kullanırlanabilecek kredinin üst sınırı belirlenmiştir¹⁵³. Hükümde yer verilen bu sınıra uyulmadığı takdirde işlem aşıldığı oranda yerine getirilmeyecek, yerine getirilmiş ise bu takdirde iadesi gündeme gelecektir¹⁵⁴.

SONUÇ

Bu çalışmada sözleşme özgürlüğü bağlamında sözleşmenin içeriğini serbestçe belirlenmesinin genel kanuni sınırlarının TBK m. 27 karşısında hukuki konumuna görece özel hüküm niteliğindeki TTK m. 1530/1'in hukuki varlığının çok yönlü araştırılması amaçlanmıştır. Bu cihetle en başta TTK m. 1530/1'in öngörülme amacını ortaya koyarak hukuki gerekliliği irdelenmiştir. TTK m. 1530/1'e olan ihtiyacın varlığı hukuken teyit edildikten sonra hükmün hukuki işlevini layıkıyla yerine getirebilmesi için kanun sistematigindeki yerinin de doğru olması gerekmektedir. O halde maddeye sonradan yapılan eklemelerin hükmün kanun sistematigindeki yerinin sorgulanmasını gerektirdiği ve bununla birlikte hükmün yerinin değiştirilmesi gerekliliği kanaatine varılmıştır. Bu şekilde TTK m.1530/1'e işlerlik kazandırarak uygulama alanına -birtakım çekinceler dahilinde- ticari işlerin girdiğinin kabulü gerekir. Zira bu, hem kural-istisna hükümlerinin hem de adi iş-ticari iş ayrımının bir neticesidir. Zaten TBK m. 27/2'ye getirilen istisna bir tarafa bırakılacak olursa TTK m. 1530/1'in uygulama alanının bir hükmün ticari hüküm olarak nitelendirilmesi sonucuna bağlı olduğunu peşinen kabul edebiliriz. Bu bağlamda TTK m. 1530/1'in lafzı ve amacı doğrultusunda uygulama alanının ve kapsamına giren hallerin ne olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespit, esasında hükmün kaynağına yani ortaya çıkış şekline bakılarak daha sağlıklı bir şekilde yapılabilir. O halde TTK m. 1530/1'in iz düşümü diyebileceğimiz BGB § 134'ün ışığında yorum yapılarak doğru bir

¹⁵³ Ülgen/Helvacı /Kaya/Nomer Ertan, s. 122; Bahtiyar, 2019, s. 86.

¹⁵⁴ Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 122; Kırkbeşoğlu, s. 39. Doktrin ve uygulamada sözleşmede kararlaştırılan dan fazlasının ifası durumunda iade talebinin sebepsiz zenginleşme değil, sözleşme hukukundan hareketle yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Nomer, N. 141, s. 253.

değerlendirme yapılabilir. Zira hüküm yasaklayıcı kural şeklinde varlık kazanmıştır. Yasaklayıcı kurala aykırılığa uygulanacak yaptırımında belirlenmesi suretiyle mevzuattaki örnekler üzerinden TBK m. 27/2'ye nazaran özel bir değerlendirme yapılmıştır. Bu sayede teoride ve uygulamada TBK m. 27 hükmünün gölgesinde bırakılan TTK m. 1530/1'in varlık sebebine işaret edilerek önemi vurgulanmış olmaktadır.

Ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır; meğerki aksine bir hüküm öngörülmüş olsun. Burada kamu düzenini korumayı amaçlayan genelde emredici özelinde yasaklayıcı bir kural olarak karşımıza çıkan bir ticari hüküm söz konusudur. Yalnızca ticari işlere özgülenmiş bu hükmün uygulanmayacağı haller, yani istisnaları oldukça çoktur. Bunları saymak yerine her bir hükmün öngördüğü yaptırımların seçenek mi yoksa tekil yaptırımlar olduğunun ayrıca irdelenmesi gerektiğini söylemekte fayda vardır. Çünkü yapılacak yorum bizi farklı sonuçlara götürebilir. Bunun için de hükümde öngörülen yaptırım ile amaçlanılan tek başına sağlandığı iddia edilebiliyorsa artık TTK m.1530/1-1. cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Ayrıca bu hükmün bize özgü olduğunu ve TBK m.27'ye göre özelleştirilmiş ve kendi özgü bir norm özelliğine sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu açıdan bakıldığında ticaret hukuku genelinde TBK m.27'nin uygulama alanının daraldığı dahi iddia edilebilir. Hükmün birinci fıkrasına aykırı bir hukuki işlem ya da klozun varlığı halinde yaptırım tam butlan olacaktır.

Bununla birlikte sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz. Hükmün ikinci cümlesinde kendine özgü bir yaptırımın öngörüldüğü ve bunun TBK m.27/2'nin bir türevi olmadığını söylemek gerekir. Çünkü kaynakları yani dayandıkları konum itibarıyla farklı olan düzenlemelere bağlanan yaptırımların aynı olması düşünülemez. Bu yüzden hükmün uygulama alanının sınırlarının iyi çizilerek yalnızca sözleşmeye özgülendiğinin kabulü şarttır. Ayrıca butlan yaptırımının uygulanabilmesi için kanunun bunu açıkça öngörmesi gerekir. Bu yüzden TTK m.1530'un yaptırımı hükmün kendisi olup, ikinci cümlesinin birinci cümlesinin istisnası olduğunun da farkına varılmalıdır. Bu şekilde hüküm anlam kazanacaktır.

TTK m.1530'un özünde yasaklama var iken, TBK m.27'nin özünde emredicilik vardır. Kapsam ve mahiyet itibariyle farklı olan hükümlerin olsa olsa birbirlerinin tamamlayıcısı olduğu söylenebilir. Zaten hükümler arasındaki ayrılma TTK m.1530 açısından TBK m.27/2. cümlesinin uygulanmaması noktasında gösterilmiştir. Böylece kanun ya da yetkili makam tarafından tayin edilen oran ya da satış fiyatından daha fazla bir oran ya da bedel üzerinden yapılan sözleşme, kanun ya da yetkili makam tarafından belirlenen bedel üzerinden yapılmış sayılacaktır. Bunun sonucunda satıcının, daha yüksek oran ya da bedel ödemesi söz konusu olmasaydı bu sözleşmeyi yapmayacağı yolundaki iddiası da dinlenmeyecektir. Burada en yüksek had üzerinden yapılmış sayılma yaptırımının uygulanacağını bilen bir kişinin bunu kötüye kullanacağını iddia etmenin yerinde bir yaklaşım olmadığını düşünmekteyiz. Zira bu iddiada bulunanlar yaptırım olarak düşey kısmi hükümsüzlüğü uygulamak suretiyle irade özgürlüğü prensibine aykırı geldiklerini düşünmekteler¹⁵⁵. Oysaki bu, hükmün yasaklayıcı kural olmasından kaynaklı olup, zaten sınıra kadar irade serbestisi mevcuttur, tıpkı sözleşme özgürlüğünde olduğu gibi. Ayrıca sözleşmedeki güçlü tarafın nasıl olsa üst sınıra indirim yapılacağını bildiğini söylemek de diğer hukuki kurumlar açısından da geçerlidir. Diğer bir deyişle bu iddia¹⁵⁶ yalnızca TTK m.1530/1'e özgü değildir. O halde her bir düzeltici yaptırım için -gabin de misal gösterilebilir- bu kurumun kötüye kullanılacağından bahsetmek âfâki bir yaklaşım olur.

Son olarak konu açısından önemli bir sonuca temas etmekte fayda vardır. Tarafların üst sınırın tayin edildiği durumlar açısından sözleşmede herhangi bir belirlemeye gitmemeleri halinde bir sözleşme boşluğundan bahsedilecek olup bunun hâkim tarafından hukuka uygun şekilde doldurulması gerekir¹⁵⁷. Oysaki bu sınırların aşılması halinde artık yasaklayıcı kural olan TTK m.1530 devreye girecek ve sözleşme boşluğuna mahal vermeksizin uygulanacaktır¹⁵⁸.

¹⁵⁵ **Kırkbeşoğlu**, s. 230.

¹⁵⁶ *Bunun için -TBK m.28'deki gabinde olduğu gibi-zayıf tarafı korumak adına tam hükümsüzlük konusundan bir seçim hakkının tanınabileceği yönünde bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 230.*

¹⁵⁷ **Kırkbeşoğlu**, s. 230-231.

¹⁵⁸ **Kırkbeşoğlu**, s. 231.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Pakize Ezgi** (2016) Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Akman, Galip Sermet** (1976) Sorumsuzluk Anlaşması, 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Antalya, Gökhan** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul, Legal.
- Arkan, Sabih** (2018) Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara, BTHAE.
- Armbrüster, C.** (2018) Münchener Kommentar zum BGB, § 134, 8. Auflage, München, C. H. BECK.
- Arslanlı, Halil** (1959) Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), 2. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Atamer, Yeşim** (2001) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Baskı, İstanbul, Beta.
- Atamer, Yeşim/Nilsson,Gül Okutan** (2013) “Para Alacaklısının Geç Ödemelere Karşı Korunmasına İlişkin Yeni TK M 1530 Düzenlemesi ve Uygulama Alanı”, Batider, C: 29, S: 3, s. 31-82.
- Ateş, Derya** (2007) Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- Ayan, Serkan** (2010), “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1530. Maddesi Gereğince Borçlunun Temerrüdü”, DEÜHFD, C:12, Özel Sayı, s. 717-793.

- Aydoğdu, Murat/Ayan, Serkan** (2014) Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukuku'nda Yer Alan Faiz İle İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Ayhan, Rıza** (2013) "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:17, S: 1-2, s. 291-314.
- Bahtiyar, Mehmet** (2019) Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları/Soru Örnekleri), 20. Baskı, İstanbul, Beta.
- Bahtiyar, Mehmet** (2021) Ortaklıklar Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, Beta.
- Başpınar, Veysel** (1998) Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, 1. Baskı, Ankara, BTHAE, Adalet Matbaacılık.
- Bozer, Ali/Göle, Celal** (2015) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, BTHAE.
- Can, Ozan** (2011) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- Can, Ozan/Zabunoğlu, H. Gökçe** (2013) "Ticari Hükümler ve Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Ticari Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler", Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 75-112.
- Çalışkan, Esra** (2011) "Anonim Ortaklıklarda Sermaye Payının İadesi Yasağı", (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Çolgar, Emek Toraman** (2019) Şirkete Borçlanma Yasağı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Doğanay, İsmail** (1990) Türk Ticaret Kanunu Şerhi 3, 3. Baskı, Ankara, Feryal Matbaası.

- Domaniç, Hayri/Ulusoy, Erol** (2007) Ticaret Hukukunun Genel Esasları (TTK Tasarısı ve Gereksinimleri ile Birlikte), 5. Baskı, İstanbul, Arıkan.
- Dörner, H./Schulze, R.** (2019) Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, BGB § 134, 10. Auflage, Nomos.
- Eren, Fikret** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Flume, Werner** (1992) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, Springer- Verlag Berlin Heidelberg GmbH.
- Gürzumar, Osman Berat** (2006) “Türk Medeni Kanununun 5’inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt I/2004, Özel Hukuk, İstanbul, s. 105-162.
- Hatemi, Hüseyin** (1976) Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (özellikle BK m 65 kuralı), 1. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.
- Helvacı, Mehmet** (2000) Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Hızır, Serdar** (2013) “Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK M. 358 Üzerine Bazı Düşünceler”, Batider, C: 29, S: 2, s. 228-289.
- Kalkan, Burcu** (2004) Türk Hukukunda Gabin, 1. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Kaneti, Selim** (1972) Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün** (2018) Limited Şirketin Temsili, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Karasu, Rauf** (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Karayalçın, Yaşar** (1968) Ticaret Hukuku (Giriş-Ticari İşletme), 3. Baskı, Ankara.
- Kaşak, Fahri Erdem** (2019b) “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 10, S: 2, s. 548-562.
- Kaşak, Fahri Erdem** (2019a) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kaya, Arslan** (2013) Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m102-123), 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Kendigelen, Abuzer** (2015) Hukuki Mütalaalar (Mahkeme Kararları İle Birlikte), 4. Mütalaa (Cilt XII, 2012-2013/1), 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kendigelen, Abuzer** (2012) Türk Ticaret Kanunu (Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler), 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Kırca, İsmail** (2009) “Anonim Şirketlerde Sermayenin İadesi Yasağı (TTK 405/II) ile İlgili Bir İnceleme (11.HD’nin 10.06.2008 Tarih ve E. 2007/12661, K. 2008/7660 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi)”, Prof. Dr. Haluk Konuralp’ın Anısına Armağan, Cilt 3, Ankara, Yetkin, s. 641-651.
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2013) Anonim Şirketler Hukuku (Temel Kavramlar ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu), 1. Baskı, Ankara, BTHAE.
- Kırkbeşoğlu, Nagehan** (2011) Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmış, 1. Baskı, İstanbul, Vedat.

- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** “Değişik Kısmi Hükümsüzlük’ Ve ‘Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük’ Kavramları İle İlgili Düşünceler”, İstanbul, 1996, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, s. 25-33.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** (2010) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Looschelders, D./Heidel, U. T./Hüßtege, R./Mansel, H-P./Noack, U.** (2016) EBGB, § 134, 3. Auflage, Baden Baden, Nomos.
- Mansel, H-P.** (2018) Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, BGB § 134, 17. Auflage, München, C. H. BECK.
- Moroğlu, Erdoğan** (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Nomer, Haluk Nami** (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami** (2015) Medeni Hukuk, 21. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Paslı, Ali** (2011) “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (I) YTK Kitap 2-Kısım 4- Bölüm 1 Genel Hükümler ve Temel İlkeler”, Batider, C: 26, S: 3, s. 137-167 (Paslı, (2011) I).
- Paslı, Ali**, (2012) “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2-Kısım 4-Bölüm 1 ‘Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler Ve Kuruluş İşlemleri””, Batider, C: 28, S: 2, s. 141-199 (Paslı, (2012) II).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin** (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat.

- Serozan, Rona** (2017) Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Serozan, Rona** (2016) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa/İfa Engelleri/Haksız Zenginleşme/Ek Uygulama Çalışmaları, *Üçüncü Cilt*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Sevi, Ali Murat** (2013) Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Spindler, G. /Schuster, F.** (2019) Recht der Elektronischen Medien, 4. Auflage, § 134, München, C. H. BECK.
- Tamer, Ahmet** (2012) “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: ‘Pay Sahiplerinin (Ortakların)Şirkete Borçlanma Yasağı’ (TTK m. 358)”, TBB Dergisi, Y: 24, S: 102, s. 93-114.
- Tandoğan, Haluk** (2010) Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Cilt II, İstanbul, Vedat.
- Tekinalp, Ünal** (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Teoman, Ömer** (2012) “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Müzakerelere Katılma Yasağına (TTK m. 332) Aykırılığın Yaptırımı Nedir?”, Batider, C:26, S: 4, s. 5-16.
- Türk, Ahmet** (2016) Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarının Edinmesi, 1. Baskı, Ankara, Adalet.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Nedret Füsün
(2019) Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Wendtland, H. (2020) BeckOK BGB, § 134, 54. Edition, München. C. H. BECK.

Yağcı, Kürşad (2013) “Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK m. 88 ve TBK m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m 8 ve TTK m 9) Bakımından Uygulanabilirliği”, İÜHFİM, C: 71, S: 2, s. 421-437.

Yıldız, Mustafa Göktürk (2018) “TBK m 117 ile Karşılaştırmalı Olarak TTK m. 1530 Uyarınca Borçlu Temerrüdünün İhtarsız Gerçekleşmesi”, İÜHFİM, C: 76, S: 1, s. 359-380.

ELEKTRİK DAĞITIM FAALİYETİ İLE DİĞER ELEKTRİK PİYASASI FAALİYETLERİ ARASINDA YÖNETİM AYRIŞTIRMASININ UYGULANABİLİRLİĞİ*

Bahar ÜSTÜNDAĞ**

ÖZET

Etkin rekabetin hâkim kılınması amacıyla uygulanan ayırıştırma, elektrik piyasası bakımından, dikey bütünlük yapı içerisindeki üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Türkiye'deki elektrik piyasasına bakıldığında, iletim faaliyeti dışındaki piyasa faaliyetlerinin dikey bütünlük yapı içerisinde bulunulmasına izin verildiği, ancak rekabete kapalı dağıtım faaliyeti ile rekabete açık diğer piyasa faaliyetleri arasında muhasebe, yönetim ayırıştırması ile desteklenmiş hukuki ayırıştırma modelinin benimsendiği görülmektedir.

Dağıtım faaliyeti, elektrik dağıtım şirketleri tarafından lisansa derç edilen bölgede tekel konumunda ifa edilmektedir. Bu nedenle dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin dağıtım şirketi ile etkileşime geçerek, kendi menfaatleri doğrultusunda dağıtım şirketinin kararlarına etki etmesi, bunun sonucunda da piyasa kapama, dağıtım şirketi eliyle ayrımcı uygulamalar yapılarak tedarik şirketine rekabetçi avantaj sağlayan davranışlarda bulunma ihtimali mevcuttur. Dağıtım ile diğer piyasa faaliyetleri arasında getirilen muhasebe, yönetim ayırıştırması ile desteklenmiş hukuki ayırıştırma modeli ile beklenen, dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin, dağıtım şirketinin, faaliyetini gereği gibi ifa edilebilmesi için alacağı kararlara etki etmesinin önlenmesidir. Dikey bütünlük yapıdaki diğer piyasa faaliyeti ile uğraşan şirketlerde olduğu gibi dağıtım şirketinin yöneticileri de ana şirket tarafından atanmaktadır. Bu durum karşısında, dikey bütünlük yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, aynı yapı içerisinde bulunan üretim, görevli tedarik şirketi yöneticilerinin farklı kişilerden oluşmasını zorunlu kılan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği m. 33.5'den beklenen fayda diğer piyasa faaliyetleri ile dağıtım faaliyeti arasında mülkiyet ayırıştırması kabul edilinceye kadar sağlanamayacaktır. Çeşitli eleştirileri de beraberinde getiren mülkiyet ayırıştırması gibi ağır bir yöntem benimsenmesinden önce, sektörel düzenlemelerin güçlendirilmesi ve mevcut düzenlemelerin gerektiği gibi uygulanarak dikey bütünlük yapıdaki piyasa faaliyetleri arasında bağımsızlığın artırılması, ancak uygulanan hukuki ayırıştırmanın başarısız olması durumunda “son çare” olarak mülkiyet ayırıştırmasına geçilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Elektrik Piyasası, Dağıtım Faaliyeti, Yönetim Ayırıştırması, Mülkiyet Ayırıştırması, Elektrik Piyasasında Ana Şirket, Dağıtım Şirketi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.835515- Geliş Tarihi: 03.12.2020 - Kabul Tarihi: 17.03.2021.

** Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, baharustundag78@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-5176-7007.

APPLICABILITY OF MANAGEMENT UNBUNDLING BETWEEN ELECTRICITY DISTRIBUTION ACTIVITY AND OTHER ELECTRICITY MARKET ACTIVITIES

ABSTRACT

Unbundling means separating production, transmission, distribution and retail sales activities within vertically integrated structure in the electricity market in order to make effective competition. Considering the electricity market in Turkey, it is observed that activities apart from transmission activity are allowed to be in the vertical integrated structure, but the legal unbundling model supported with accounting, management/functional unbundling is adopted between non- competitive distribution activities and other competitive market activities.

Distribution activity is carried out as a monopoly position in the region that is included in the license by the electricity distribution companies. That is why there is a possibility that vertically integrated structure companies interact with the distribution company and affect the decisions of the distribution company with their own interests. As a result there is a possibility of market closure and the distribution company may engage in behaviour that is giving the supplier a competitive advantage through discriminatory practices. What is expected with accounting brought between distribution and other market activities and the legal unbundling model supported by management unbundling is to prevent vertically integrated companies from influencing decisions of the distribution company in order to perform activities properly. As vertically integrated structure companies engage in other market activities, managers of the distribution company are also appointed by the main company. Under these circumstances, expected benefit from the Electricity Market Licensing Regulation article 33.5, which obliges managers within vertically integrated structure to be composed of different persons, will not be provided until accepting ownership unbundling. Before adopting a heavy method such as property separation, which brings various criticisms, it is considered that sectoral regulations should be strengthened and independence among vertically integrated market activities should be increased by applying exiting regulations as required. However, ownership segregation should be applied as a “last resort” in case the current model fails.

Keywords: Electricity Market, Distribution Activity, Management Unbundling, Ownership Unbundling Parent Company in Electricity Market, Distribution Company.

GİRİŞ

Türkiye elektrik piyasasında yaşanan serbestleşme ile geçmişte kamunun mülkiyetinde bulunan dikey bütünleşik yapı¹, özel sektörün de rol aldığı rekabetçi bir piyasa yapısına dönüştürülmeye çalışılmıştır. Bu nedenle elektrik piyasası faaliyetlerinden üretim², tedarik³ ve dağıtım⁴ faaliyetlerinde özel sektörün rol alması istenmiştir⁵. Burada amaç, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda da (6446 sayılı Kanun) ifade edilen elektrik enerjisinin yeterli, kaliteli, düşük maliyet ile tüketicilere sunulması ve mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir piyasanın oluşturulmasının sağlanmasıdır (m.1). Bu kapsamda, rekabete açık üretim faaliyetinin, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan (EPDK) alınan lisans kapsamında özel sektöre ait üretim şirketlerince yerine getirilmesine başlandığı gibi, kamunun mülkiyetinde bulunan üretim şirketlerinin de özel sektöre devri gündeme gelmiştir. Bu kapsamda yapılan üretim özelleştirilmeleri halen devam etmektedir.

Dağıtım faaliyeti ile iştigal eden TEDAŞ, bu faaliyetinin özel sektör tarafından yerine getirilmesi amacıyla, öncelikle payların tamamı kendisine ait olmak üzere yirmi bir dağıtım şirketi kurmuştur. Akabinde dağıtım sistem ve varlıklarının mülkiyeti kendisine, bu sistemlerin işletme hakkı dağıtım şirketlerine ait olacak şekilde her bir dağıtım şirketi ile İşletme Hakkı Devir

¹ Bir teşebbüsün, kendisine, mal, ürün veya hizmet sağlayan ya da kendi ürettiği mal ürün veya hizmetlerin satışını yapan bir başka teşebbüsü birleşme veya devralma yöntemleri ile elde etmesi sonucunda dikey bütünleşik yapı oluşmaktadır. Dikey bütünleşik yapıda bir teşebbüsün farklı faaliyet alanlarına doğru bir büyüme söz konusu olmakta ve farklı üretim aşamalarının mülkiyetine ve kontrolüne sahip olmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Çınaroğlu, Serpil** (2003) Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet, 1. Baskı, Ankara.

² 6446 sayılı Kanun m. 3.1.ö'ö'de; "*Enerji kaynaklarının elektrik tesislerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.

³ 6446 sayılı Kanun m. 3.1.gg'de; "*Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin toptan veya perakende satışı*" olarak tanımlanmıştır.

⁴ 6446 sayılı Kanun m. 3.1.ç'de; "*Elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden nakli*" olarak tanımlanmıştır.

⁵ 02.04.2004 tarih ve 2004/22 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurul Kararı ile TEDAŞ, özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır. TEDAŞ'ın mevcut nitelik ve görevleri hakkında bkz. www.tedas.gov.tr.

Sözleşmesi akdetmiştir. Dağıtım sistem ve varlıkların işletilmesi amacıyla yeni tesis inşa etme⁶, bakım ve onarım yapma (6446 sayılı Kanun m. 9.5) yükümlülüğünde bulunan dağıtım şirketlerinin paylarının devri için yapılan özelleştirme ihaleleri sonucunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile özel sektör şirketleri arasında Hisse Devir Sözleşmesi akdedilmiş ve özelleştirmeler tamamlanmıştır. Özel sektöre devredilen dağıtım şirketleri lisanslarına derç edilen bölgede ilk önceleri hem dağıtım faaliyeti hem de başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasitesi temin edemeyen tüketicilere, perakende satış⁷ lisansı almak kaydıyla tedarik faaliyet ile de iştigal etmiştir (4618 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu mülga m. 3.c.3).

Elektrik enerjisinin taşınmasında başkaca bir yolun bulunmaması ve mevcut şebekenin yanında yeni bir şebekenin inşasının iktisadi açıdan rasyonel olmaması nedeniyle dağıtım faaliyeti doğal tekel özelliğine sahip olup, dağıtım faaliyetindeki bu özellik şebekeye bağlı diğer sektörlerle göre daha güçlüdür⁸. Dağıtım faaliyetinin, niteliği gereği, herhangi bir denetim ve düzenlemeye tabi tutulmadan özel sektöre devri, belirli birtakım sakıncaları da beraberinde getireceğinden, bu sakıncaların giderilmesi adına çeşitli düzenlemelerin yapılması bir zorunluluk olmuştur. Zira, EPDK'dan alınan lisans kapsamında lisansa derç edilen bölgede doğal tekel konumunda olan dağıtım şirketinin dağıtım faaliyeti rekabete kapalı bir piyasa faaliyeti iken, elektrik enerjisinin veya kapasitesinin satışı rekabete tamamen açık bir faaliyettir. Bu kapsamda öncelikle dağıtım şirketinin, ayrı hesap tutma ve çapraz sübvansiyon yasağı⁹

⁶ Dağıtım şirketleri tarafından yapılan yeni dağıtım sistemi ve varlıklarının mülkiyeti de TEDAŞ'a aittir (6446 sayılı Kanun m. 9.6). Dağıtım Şirketlerinin bu kapsamda yaptıkları yatırım harcamalarının bedeli, yatırıma dönüştükleri anda Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği (RG., T. 22.08.2015, S. 29553) ve Dağıtım Sistemi Gelirinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliği (RG., T. 19.12.2015, S. 29567) uyarınca tarife mekanizması ile itfa edilmektedir.

⁷ 6446 sayılı Kanun m. 3..aa'da "Elektriğin tüketicilere satışı" olarak tanımlanmıştır.

⁸ **Ehlers, Eckart** (2010) Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and The Netherlands and the Law of the European Union: A Comparison, 1st Edition, Portland, s. 120; **Şahin, Selen** (2012) Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 131, Ankara, s. 6.

⁹ Bir teşebbüsün, herhangi bir pazarda oluşan maliyetlerini, başka bir alandaki faaliyetleri ile karşılaşmasına veya elde ettiği geliri, başka bir pazardaki faaliyetlerini finanse etmek için

yükümlülüğü altında ifa ettiği dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin ayrı tüzel kişilikler altında yürütülmesi zorunluluğu getirilmiştir (4628 sayılı Kanun mülga m. 3.1.c)¹⁰. Rekabet Kurumu tarafından da dağıtım özelleştirmelerinin ön koşulu¹¹ olarak sunulan dağıtım ve perakende satış faaliyetleri arasındaki bu hukuki ayrıştırma hakkında esaslı düzenleme ise EPDK'nın 12.09.2012 tarih ve 4019 sayılı Kurul Kararı (4019 sayılı Kurul Kararı)¹² ile yapılmıştır.

4019 sayılı Kurul Kararı ile dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin 01.01.2013 tarihi itibarıyla farklı tüzel kişilikler tarafından yerine getirilmesi (m.4); perakende satış faaliyeti ile iştigal edecek olan görevli tedarik şirketinin¹³, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve ilgili mevzuatta belirtilen usul ve

kullanmasına çapraz sübvansiyon denilmektedir. **Akın, İrfan** (2008) “Enerji Direktiflerinde Ayrışma”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C: 8, S:1, s. 13; **Yavuz, Mustafa** (2004) “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C: 8, S: 4, s. 54, 55.

¹⁰ 4628 sayılı Kanun'un mülga 3.1.c'ye getirilen ek hüküm için bkz. 5718 sayılı Kanun m. 3 (RG., T. 26.07.2008, S. 26948).

¹¹ **Rekabet Kurumu** (2005) “Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ'nin Özelleştirilmesine İlişkin Rekabet Kurulu Görüşü”, Ankara. Söz konusu raporda, TEDAŞ'ın özel sektöre devri için amaçlanan dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin aynı yapı içerisinde devredilmesinin, serbestleştirme açısından rekabetin etkin bir şekilde temin edilebilmesinde bazı sakıncalar doğuracağı ve bu sakıncaların giderilmesi için en ideal çözümün de; dağıtım şirketini devralacak şirketin, perakende satış faaliyetinde dolaylı bile olsa faaliyette bulunmasını engelleyecek şekilde, perakende satış ile dağıtım faaliyetleri arasında mülkiyet ayrıştırması yapılması ya da alternatif olarak perakende satış ve dağıtım faaliyetlerinin hukuki olarak ayrıştırılması ve dağıtım şirketlerinin geçiş dönemi sonunda kendi bölgelerindeki perakende satış paylarını belirli bir takvim içinde belirli bir orana indirilmesini sağlayan bir yöntemin esas alınacağı bir sistemin düzenlenebileceği ifade edilmiştir. Rekabet Kurulu, ayrıca, dağıtım şirketlerinin özelleştirilmesinde nihai izin olarak dağıtım faaliyetlerinin ve diğer elektrik piyasası faaliyetlerinin geçiş döneminin sonuna kadar hukuki olarak ayrıştırılmasını zorunlu tutmuştur.

¹² RG., T. 27.09.2012, S. 28424.

¹³ 6446 sayılı Kanun m. m. 3.1.i'de; “Dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin hukuki ayrıştırması kapsamında kurulan veya son kaynak tedariki yükümlüsü olarak Kurul tarafından yetkilendirilen tedarik şirketi” olarak tanımlanmıştır. Görevli tedarik şirketleri, tedarik lisansı kapsamında, EPDK'nın tayin ettiği serbest tüketici limitinin altında elektrik enerjisi tüketen abonelere elektrik enerjisi temin etmek zorunda olduğu gibi, serbest tüketici niteliğine sahip olduğu halde tedarikçisini seçmeyen tüketicilere de elektrik enerjisi tedarik etmekle yükümlüdür.

esaslar dahilinde kısmi bölünme yöntemi ile kurulması (m. 5) öngörülmüştür. Ayrıca, görevli tedarik şirketinin paylarının, dağıtım şirketi pay sahipleri tarafından iktisap edileceği (m.6.1), her iki şirket arasındaki hukuki ayırıştırma tamamlanincaya kadar şirkette kontrol değişikliğine neden olacak nitelikte pay devri yasaklanmıştır (m. 6.2). Bununla birlikte, 4019 sayılı Kurul Kararı'nın 6.3 maddesi ile de; dikey bütünleşik yapıdaki dağıtım şirketinin, üretim ve görevli tedarik şirketinden 01.01.2013 tarihine kadar yönetim olarak da ayırıştırılması zorunlu kılınmıştır.

6446 sayılı Kanundaki düzenlemelere bakıldığında; payların tamamı aynı tüzel kişiliğe ait olan dağıtım ve görevli tedarik şirketinin faaliyetleri arasında muhasebe ayırıştırılmasının yapılmasının zorunlu olması ve her iki faaliyetinde de ayrı lisansa tabi tutulması dışında (m. 5.2.a ve b) ayırtırmaya ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Ancak, bu Kanun döneminde yürürlükte olan Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliği (Lisans Yönetmeliği)¹⁴ m. 33.5'de yönetim ayırıştırmasına, m. 34.4.g'de marka ayırıştırmasına¹⁵, geçici m. 4.4 ile bina ve bilgisayar sistemlerinin ayırıştırmasına¹⁶, geçici m. 4.3'de yer alan dağıtım şirketlerinin faaliyetin devamı

¹⁴ RG., T. 02.10.2013, S. 28809.

¹⁵ Görevli tedarik şirketleri iş ve işlemlerinde tüketicilere; ilgili dağıtım şirketinin devamı niteliğinde olduğu izlenimi verebilecek aynı marka, logo ve ana şirket unvanı gibi hususların kullanılmasından ve bu nitelikteki açıklama ve beyanlardan kaçınmada yükümlüdür. Anılan düzenleme, dağıtım şirketinin ana şirket unvanını kullanmayı tercih etmesi durumunda, görevli tedarik şirketinin hem ana hem de dağıtım şirketinden farklı bir unvan kullanılmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer taraftan EPDK'nın 26.01.2017 tarih ve 6877-14 sayılı Kurul Kararı ile dağıtım şirketlerinin tüketici nezdinde ilgili ana şirketin veya görevli tedarik şirketinin devamı niteliğinde olduğu izlenimi verecek unvan, marka ve logo kullanması 01.01.2018 tarihinden itibaren yasaklanmıştır. Bu bağlamda, Lisans Yönetmeliği uyarınca dağıtım şirketine ana şirket unvanını kullanma izni verilmişken, söz konusu kurul kararı ile yasaklandığı görülmektedir.

¹⁶ Dağıtım ve görevli tedarik şirketlerinin 01.01.2016 tarihinden itibaren farklı fiziksel ortam ve bilgi sistemleri alt yapısı kullanması zorunlu kılınmış ve bu sayede hukuki ayırıştırmanın ilk basamağı olan ve fonksiyonel ayırıştırma içerisinde bulunan fiili ayırıştırma sürecinin gerçekleşmesi amaçlanmıştır. Anılan hükmün uygulanmasına ilişkin olarak alınan EPDK'nın 21.05.2015 tarih ve 5603-32 sayılı Kurul Kararı (5603-32 sayılı Kurul Kararı) ile farklı fiziksel ortam şartının belirlenmesi, 2014 yılı Türkiye İstatistik Kurumunun Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi verisine dayandırılmış ve bütün il merkezlerinde ve nüfusu yüz bini geçen

için gerekebilecek yönetim ve destek hizmetlerine ilişkin alımlarını ana şirket ile bu şirketin kontrolü altında olan şirketlerden 01.01.2016 tarihinden sonra temin edemeyeceği¹⁷ şeklindeki düzenlemelere yer verilmiştir. 6446 sayılı Kanun'da sadece muhasebe ayrıştırmasına ve yönetim ayrıştırmasına yer verilmiş iken, hukuki ayrıştırmaya yer verilmemesinin sebebi, 6446 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, görevli tedarik şirketi ile dağıtım şirketi arasındaki hukuki ayrıştırmanın tamamlanmış olma zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Bu nedenle, yapılan ikincil mevzuat düzenlemeleri ile hukuki ayrıştırmayı desteklemeye yönelik yönetim ayrıştırması, fiziki

ilçelerde; dağıtım ve görevli tedarik şirketinin ayrı giriş ve bina numarası olan bağımsız binalarda faaliyetlerini sürdürmeleri gerektiği, bu şartların dışında kalan yerleşim yerlerinde aynı bina içerisinde, ancak fiziksel olarak bağımsız bölümlerde piyasa faaliyetlerini sürdürebilecekleri düzenlenmiştir. Ana kural dağıtım ve perakende faaliyetinin ayrı binalarda yürütülmesi olmakla birlikte, müşteri hizmetleri birimi bakımından bir istisna düzenlenmiş ve her iki şirketin müşteri hizmetleri biriminin fiziksel olarak farklı bölümlerde olmak kaydıyla aynı bina içerisinde bulunmasına onay verilmiştir. 5603-32 sayılı Kurul Kararı ile bilgi sistemleri alt yapısına ilişkin ana kural, her iki şirketinde ayrı yazılım ve ayrı donanım kullanılarak hizmet vermesidir. Diğer taraftan şirketlerin bu ihtiyaçlarını, hizmet alımı yoluyla; ancak ayrı sanal sunucular üzerinden ve yetki ayrıştırması yapılmak şartıyla alabilmesi de mümkündür. Bu koşulların getirilmesindeki amaç, bu şirketler arasında bilgi akışını engellemek ve her bir şirketin sadece kendi faaliyetlerine ilişkin konulardaki bilgiye erişmesini sağlamaktır. Ancak, dağıtım şirketinin dağıtım faaliyetini ifa etmek zorunda olması ve görevli tedarik şirketinin de dağıtım bölgesi içerisindeki serbest olmayan tüketicilere elektrik enerjisi satmakla yükümlü olması nedeniyle, her iki şirketinde bu yükümlülüklerini ifa edebilmek için birtakım bilgileri aralarında paylaşması gerektiği de unutulmamalıdır.

¹⁷ Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği (RG., T. 30.05.2018, S. 30436) m. 12.2 ve 17.2'de hizmet alımı konusuna bir istisna getirilmiştir. Anılan düzenlemeler uyarınca; her iki şirketinde tüketicilere yönelik çağrı hizmetleri ile ilgili olarak birbirlerinden veya aynı kaynaktan, herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın hizmet alımı yapabilmesi ve düzenlemeye tabi tarifeler yoluyla enerji alan tüketicilerin ödeme bildirimlerinin tebliği ile ilgili olarak, görevli tedarik şirketi, dağıtım şirketinden, herhangi bir süre ile sınırlı olmamak üzere hizmet alımı yapabilmesi mümkündür. Hizmet alımına ilişkin olarak göz önüne alınması gereken 6877-14 sayılı Kurul Kararı ile de; dağıtım şirketinin doğrudan ve dolaylı ortağı olan şirketler ile ana şirket ve ana şirketin bünyesinde olup da piyasa faaliyeti ile iştigal eden şirketlerin veya bu tür faaliyetleri yürüten taraflara faaliyet konusu ile yönetim ve destek konusunda mal temin eden ve/veya hizmet sunan şirketlerin aynı binada hizmet birimi bulundurmaması 01.01.2018 tarihinden sonra yasaklanmıştır.

ayrıştırma, marka ayrıştırması ve hizmet alımları konusunda düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle elektrik piyasasındaki ayrıştırma kavramı ve bu kavramdan beklenen fayda hakkında bilgi verilecektir. Akabinde dağıtım şirketi bakımından dikey bütünlük yapısındaki ana şirket, üretim şirketi ve görevli tedarik şirketinden yönetim ayrıştırmasını zorunlu kılan düzenlemeler değerlendirilecek ve bu düzenlemeler ışığında yönetim ayrıştırmasından beklenen faydanın mümkün olup olmadığı incelenecektir. Bu kapsamda elektrik piyasası bakımından ana şirket kavramının ne olduğunun da irdelenmesi önem arz etmektedir. Diğer taraftan 2008 yılında 4628 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle hukuki ayrıştırma yasal bir koşul haline getirildiğinden, artık EPDK'nın görev alanına girmiş ve bu sebeple Rekabet Kurulunun izin koşulu olmaktan çıkmıştır. Başka bir ifadeyle, hukuki ayrıştırmanın, dolayısıyla yönetim ayrıştırmasının uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusu, öncelikli olarak Rekabet Kurumunun değil, EPDK'nın görev ve sorumluluk alanındadır. Bu nedenle çalışmada, ayrıştırma rekabet hukuku bağlamında detaylı bir şekilde irdelenmeyecek, sadece dağıtım faaliyetinin özelleştirilmesinde rol alması sebebiyle, Rekabet Kurulu'nun görüşlerine yeri geldikçe değinilecektir.

I. AYRIŞTIRMA KAVRAMI VE ÖNEMİ

*“Endüstride daha fazla rekabeti sağlayabilmek için üretim, dağıtım ve çeşitli bileşenlerin birbirinden ayrılması”*¹⁸ şeklinde tanımlanan ayrıştırma, elektrik piyasası bakımından kamu ya da özel şirkete ait olup olmadığına bakılmaksızın, bir teşebbüs veya şirket grubundaki üretim, iletim, dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir¹⁹.

Elektrik piyasası, büyük yatırım gerektirdiğinden, çok büyük sermaye gruplarının bu piyasada faaliyet göstermesine neden olmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da bu piyasada rekabet ortamının oluşturulması ve korunması oldukça zor olmaktadır. İşte, elektrik piyasasında dikey bütünlük yapısındaki

¹⁸ **Rekabet Kurumu** (2011) Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, s. 20.

¹⁹ **Eroğlu, Muzaffer** (2010)“Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları”, Rekabet Dergisi, C: 11, S: 1, s. 113. Diğer tanımlar için bkz. **Akın**, s. 12; **Şahin**, s. 5-6; **Yavuz**, s. 55.

teşebbüslerin ayrıştırılması ile şirket yapısı içinde tekel niteliğinde olan ve olmayan faaliyet alanları arasındaki menfaat uyuşmasının ve bunun sonucunda oluşacak rekabete aykırı durumun sınırlandırılması amaçlanmaktadır. Ayrıştırma kapsamında alınan tedbirler ile bir şirketin tekel niteliğindeki piyasa faaliyeti kapsamında sahip olduğu piyasa gücünü ve buna bağlı olarak pazar üzerindeki hâkim durumunu kötüye kullanmasını engellemek, zorlaştırmak hedeflenmektedir²⁰. Aksi durumda şebekeye hâkim olan piyasa oyuncusu, diğer piyasa oyuncularının şebekeye erişimini çeşitli ayrımcı davranışlarla sınırlandırabilme, piyasaları kapatabilme gücüne sahip olacak ve bunun sonucunda rekabet engellenecektir²¹.

Dağıtım şirketleri tarafından tedarik faaliyetinde bulunan şirketlere uygulanabilecek tarife ve fiyat ayrımcılığı, regülasyon konusunda yetkili olan EPDK düzenlemeleri ile önlenabilir. Ancak, dağıtım sistemine erişim isteyen tedarikçiler arasında, bilgi paylaşımında ayrımcılık, yüksek miktarda teminat talep edilmesi veya bir kısım tedarik şirketlerinden hiç talep edilememesi, herhangi bir gerekçe olmaksızın hizmet sunumunda geç kalınması, karmaşık sözleşmesel yükümlükler ve benzeri uygulamalar şeklindeki fiyat dışı ayrımcı uygulamalar sorun teşkil edebilir.²² Diğer taraftan dağıtım şirketlerinin, dağıtım faaliyeti ile iştigal etmesi sebebiyle sürekli nihai tüketici ile temasta olması, tüketicileri elektrik enerjisini temin edeceği şirketi tayin etme konusunda etki altına alma ve diğer tedarikçileri tedarik piyasası dışında bırakma sâikiyle çeşitli davranışlar sergilemesine de olanak sağlamaktadır.

Elektrik piyasasında uygulanan ayrıştırma ile beklenen fayda; fiyat dışı ayrımcı uygulamalar ile ortaya çıkabilecek, piyasa girişinde ayrımcılığın engellenmesinin, piyasa kapama riskinin ortadan kaldırılmasının yanı sıra, şeffaflığın artırılması, teşebbüslerin gerçek ve doğru bilgiye ulaşmasının kolaylaşması ve çapraz sübvansiyonun önlenmesidir. Ayrıştırma piyasaya

²⁰ Akın, s. 12-13.

²¹ Atıyas, İzak (2006) Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, 1. Baskı, İstanbul, s. 27-28.

²² Pollitt, Michael, "The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks", <<http://eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/eprg0714.pdf>> s.e.t. 25.3.2020, s. 10; Şahin, s. 7.

girişlerini de kolaylaştırdığından, piyasanın değişik faaliyetlerini ifa eden rekabetçi şirket sayısının artmasını da sağlamaktadır²³. Elektrik piyasasında yaşanan ayrıştırmada, sektörel düzenlemelerin azalması, yabancı yatırımları çekmesi nedeniyle şirket pay sahipliğinde çeşitliliğin olması ve özelleştirmenin kolaylaşması beklenen diğer faydalardır²⁴. Dolayısıyla, dağıtım şirketinin diğer piyasa faaliyetlerinde bulunan dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerden ayrıştırılması sonucunda doğal tekel niteliğindeki dağıtım şebekesine tüm piyasa oyuncularının ayrımcı olmayan, adil bir şekilde ve makul fiyatlarla erişiminin sağlanmaya çalışıldığını söylemek mümkündür²⁵. Bu durum, elektrik piyasasında şebeke sistemine bağımlılığının zorunlu olması sebebiyle serbestleşme sürecinde istenen hedefe ulaşabilmek için tekel faaliyet niteliğindeki dağıtımın, rekabete açık faaliyetler olan ithalat, üretim ve toptan satış²⁶ ile perakende satıştan ayrıştırılması gerektiği şeklindeki düşünceye de uygundur.

Elektrik piyasasında yaşanan ayrıştırma hakkında Avrupa Birliği'ndeki (AB) geçiş süreçlerine bakıldığında; en temel ayrıştırma modeli muhasebe ayrıştırması ile en sert ayrıştırma modeli olarak değerlendirilebileceğimiz mülkiyet ayrıştırması arasında farklı ayrıştırma türlerinin olduğu görülmektedir. Nitekim, AB, 1996 tarihli Birinci Nesil²⁷, 2003 tarihli İkinci

²³ Eroğlu, s. 116 vd.; Şahin, s. 7-8.

²⁴ OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development) (2001) International Energy Agency/Organisation for Economic Cooperation and Development, Competition in Electricity Markets, Paris, s. 70-71; Pollitt, s. 10-11.

²⁵ Cameron, Peter (2002) Competition Energy Market; Law and Regulations in the European Union, 2nd Edition, New York, s. 23-24.

²⁶ 6446 sayılı Kanun m. 3.1.İl'de; "Elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin tekrar satışı için satışı" olarak tanımlanmıştır.

²⁷ Directive 96/92/EC of the European Parliament and the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0092>> s.e.t.25.5.2020.

Nesil²⁸ ve 2009 tarihli Üçüncü Nesil²⁹ Elektrik Direktifleri'nde kabul edilen ayrıştırma türleri; muhasebe, yönetim, hukuki ve mülkiyet ayrıştırmasının yanı sıra, mülkiyet ayrıştırmasının olumsuz yönleri nedeniyle diğer bir seçenek olarak önerilen Bağımsız Sistem Operatörü (BSO) yöntemi olarak ifade edilebilir³⁰.

AB'de elektrik sektöründe yapılan ilk düzenleme olan 1996 tarihli Direktif'te, muhasebe ayrıştırmasının³¹ yanı sıra, yönetim ayrıştırmasının³² düzenlendiği görülmektedir. Zira, bu direktif ile farklı piyasa faaliyetli ile iştigal eden dikey bütünsel yapıdaki şirketler arasında “Çin Seddi” gibi nitelendirilen bir duvar örülmesi ile rekabet açısından duyarlı olan bilgilerin paylaşılması önlenmeye çalışıldığı gibi, faaliyetler açısından farklı hesap tutma, şebeke sistemine diğer piyasa oyuncularının girişi ve ayrıştırmaya ilişkin düzenlemeler

²⁸ **Directive 2003/54/EC** of the European Parliament and the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0054>> s.e.t. 25.5.2020.

²⁹ **Directive 2009/72/EC** of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072>> s.e.t. 25.5.2020.

³⁰ Söz konusu ayrıştırma türleri için bkz. **Zafirova, Zornica**, (2007) “Unbundling the Network: The Case for Ownership Unbundling?”, *International Energy and Taxation Review*, C: 2, s. 29 vd.; **Cameron**, s. 26 vd.; **Eroğlu**, s. 123 vd.; **Şahin**, s. 9 vd.; **Akın**, s. 13 vd.; **Yavuz**, s. 56 vd.

³¹ Piyasa faaliyetlerinden en az iki faaliyet ile iştigal eden şirketlerin muhasebelerinin, her bir faaliyet için ayrı ayrı hesap tutmalarına muhasebe ayrıştırması denilmektedir. Bu sayede, piyasa faaliyetleri arasında şeffaf bir yapının kurulmasının yanı sıra, piyasa faaliyetlerinden biri için yapılan masrafların, diğer bir faaliyet için yapılan masraflara yansıtılarak avantaj sağlanamayacak ve bu sayede de rekabet açık olan piyasa faaliyeti ile açık olmayan diğer bir piyasa faaliyeti arasında maliyet, kar- zarar aktarımı mümkün olmayacaktır. **Zafirova**, s. 29; **Cameron**, s. 26; **Eroğlu**, s. 123; **Şahin**, s. 9; **Akın**, s. 13; **Yavuz**, s. 56.

³² Muhasebe ayrıştırmasının bir aşama ilerisi olan birimler arası yönetim ayrıştırmasında dikey bütünsel yapıdaki şirketin tekel niteliğinde yürüttüğü piyasa faaliyeti ile rekabete açık bir şekilde yürüttüğü piyasa faaliyetinin farklı bir organizasyon ve karar verme mekanizması altında yürütülmesi amaçlanmaktadır. **Cameron**, s. 26.; **Eroğlu**, s. 124; **Şahin**, s. 9.

getirilmiştir³³.2003 tarihli Direktif ile ise³⁴ piyasa oyuncularının sisteme erişiminin düzenlemeye tabi olması ile dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin, piyasa faaliyetlerinin tamamı bakımından muhasebe ve yönetim ayrıştırmasının yanı sıra hukuki ayrıştırmayı³⁵da gerçekleştirmesi düzenlenmiştir. Muhasebe ve yönetim ayrıştırmasının, ana şirketin mülkiyet hakkı korunarak, rekabete açık faaliyetler ile şebeke faaliyetlerinin farklı tüzel kişilikler tarafından yerine getirilmesini sağlayan hukuki ayrıştırma ile desteklenmesi bakımından, 2003 tarihli Direktif yerinde bir düzenlemedir. Zira, muhasebe ve yönetim ayrıştırmasında, farklı piyasa faaliyetleri ayrı muhasebeler ve ayrı yönetim organizasyonu altında yürütülse de örgütlenme aynı şirket çatısı altında söz konusu olacağından, bağımsızlık yeterince sağlanmayabilmektedir³⁶. Hal böyle iken, söz konusu Direktif ile küçük dağıtım şirketlerinin, muhasebe ayrıştırmasını yapmakla birlikte yönetim veya hukuki ayrıştırmadan muaf olabileceğinin düzenlenmiş olması³⁷ eleştirilebilecek bir husustur.

AB Komisyonu tarafından yayınlanan 10.01.2007 tarihli Enerji Sektör Araştırması Nihai Raporu³⁸ ve 10.01.2007 tarihli Enerji ve Gaz Pazarlarına

³³ **Directive 96/92**, Madde 17 ve 18.

³⁴ 1996 tarihli Elektrik Direktifinin bazı eksiklikler içerdiği, ayrıştırma konusundaki mevcut yükümlülüklerin önemli ölçüde arttığı, bu amaçla hukuki ayrıştırmadan elzem olduğu, ancak mülkiyet ayrıştırmasına da yer verilmesi gerektiği yönünde tartışmalar üzerine 2003 tarihli Direktif hazırlanmıştır. **Cameron**, s. 348.

³⁵ Dikey bütünlük şirketin veya teşebbüsün farklı faaliyetlerinin farklı tüzel kişilikler altında yürütülmesi şeklinde tanımlanmaktadır. **Rekabet Kurumu**, Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.25.

³⁶ **Zafirova**, s. 29; **Cameron**, s. 27.

³⁷ **Şahin**, s. 13; **Eroğlu**, s. 127 vd.; **Akın**, s. 15 vd.

³⁸ **Communication from the Commission**, “Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)”, COM (2006) 851 final, Brussels 2007, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006SC1724>> s.e.t. 13.04.2020. Söz konusu nihai raporda; mevcutta uygulanan ayrıştırma kurallarının, rekabetin istenen ölçüde sağlanması açısından yeterli olmadığı, yatırımda bulunma isteğini önlediği, bunun sonucunda da arz güvenliğini tehlike düşürdüğü, tüketicilerle yapılan uzun dönemli sözleşmelerin piyasayı kapatıcı etkisi olduğu, piyasalarda olması gereken saydamlığın eksik olduğu, iletim şebekesini işletmekle görevli olacak şirket ile diğer piyasa faaliyetlerinde bulunan şirketler arasındamülkiyet ayrıştırmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

İlişkin Beklenti Raporu³⁹ doğrultusunda hazırlanan 2009 tarihli 3. Nesil Direktif te; elektrik piyasasında istenen rekabetin sağlanması için ayrıştırmanın etkin olması gerektiğine dikkat çekildiği ve dikey bütünlük yapıdaki şirketlerin şebekeye erişim ve şebeke yatırımı konusunda diğer şirketlere ayrımcı davranışlarda bulunmasının engellenmesi amacıyla iletim şebekeleri bakımından mülkiyet ayrıştırması⁴⁰ veya BSO⁴¹ şeklinde iki alternatif sunulduğu görülmektedir. Mülkiyet ayrıştırması kapsamında; iletim faaliyetini ifa etmekle görevli olan bir şirketin, rekabete açık üretim ve/veya tedarik faaliyetinde bulunan diğer bir şirketi doğrudan veya dolaylı olarak kontrol etmesine izin

³⁹ **Communication from the Commission**, “Prospects for the internal gas and electricity market”, COM (2006) 841, Brussels 2007, <[https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0841_/com_com\(2006\)0841_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0841_/com_com(2006)0841_en.pdf)> s.e.t. 23.04.2020. Söz konusu beklenti raporunda; hukuki ayrıştırmanın faydaları olmasına rağmen, rekabeti sağlama konusunda beklenen başarıyı sağlayamadığı, şebeke bakımından herkesin kolayca ulaşabileceği bilgilere erişimin eşit bir şekilde sağlanmadığı, bu yüzden de iletim faaliyeti ile iştigal eden şirketin önemli bilgileri saklamasına engel olunamadığı, üçüncü kişiler nezdinde şebekeye erişme hususundaki zorlukların gereken seviyede kaldırılmadığı, elektrik piyasasının dikey bütünlük olarak yapılanmasına izin verilmesinin iletim sisteminin gelişmesini gerektiği gibi teşvik etmeme sonucunu doğuracağı, bu nedenle iletim sisteminin istenen seviyede emniyetini ve ilerlemesini sağlamak için mülkiyet ayrıştırmasının olması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu raporda; iletim sistemi bakımından mülkiyet ayrıştırmasının gerekli olduğu açıkça desteklenmekle birlikte, grup şirketinin iletim şirketinin paylarına sahip olabileceği; ancak iletim şebekesinin sadece iletim sistemini işletecek ve yöneticilerin dikey bütünlük yapıdaki diğer şirketler içerisinde başka bir görevde yer alamayacakları BSO tarafından işletilebileceği alternatif bir sistem de önermiştir.

⁴⁰ Ayrıştırma türlerinden en ağırı olarak kabul edilen mülkiyet ayrıştırması, piyasa faaliyetlerinin farklı tüzel kişiler altında yapılandırması ve ardından her bir tüzel kişiliğin farklı kişilerin mülkiyetinde bulunmasını öngörmektedir. **Akın**, s. 16; **Eroğlu**, s. 125.

⁴¹ Hukuki ayrıştırma ile mülkiyet ayrıştırması arasında yer alan BSO, ayrıştırmadan beklenen fayda bakımından ikinci en iyi çözüm olarak nitelendirilmekte ve şebeke sahipleri, şebekenin mülkiyet haklarını ellerinde tutmaya devam ederken şebeke, mülkiyet hakkı sahibinden farklı, bağımsız bir kişi tarafından işletilmektedir. BSO yatırım kararlarını alma ve uygulama gücüne sahip olup, şebeke faaliyetleri konusundaki tek karar mercidir. Bunun sağlanması amacıyla da elektrik enerjisi üreten ve tedarik eden şirketlerin BSO’yu kontrol etmeye yetecek nisapta pay oranına sahip olmaları engellenmektedir. **Kroes, Neelie** (2007) “A New European Energy Policy; Reaping the Benefits of Open and Competitive Markets”, Energy Conference: E-World Energy & Water, Essen, <http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_13.html> s.e.t. 29.12.2019, s. 4; **Şahin**, s. 11.

verilmemiş, ancak bu şirkette azınlık pay sahibi olmasında sakınca görülmemiştir. 2009 tarihli Direktifi'nde ayrıca aynı kişinin hem iletim şirketinde hem de üretim şirketinin yönetim kurulunda, denetim kurulunda ya da şirketi hukuken temsil eden organlarda görev alması ve aynı kişinin her iki şirketin yönetim kurulu, denetim kurulu veya şirketi hukuken temsil eden organın üyesini seçmesi de yasaklanmıştır⁴².

2009 tarihli Direktif'te mülkiyet ayrıştırmasına alternatif olarak ileri sürülen BSO'da; iletim şebekesinin mülkiyetine sahip olan kişi, üçüncü kişilerin şebekeye erişimi, yatırım planlaması gibi sistemin işleyişine ilişkin konularda söz sahibi olmamaktadır. Ancak, şebekenin mülkiyetine sahip kişinin BSO'nun faaliyetini yürütmek için ihtiyaç duyduğu işbirliği, destek ve bilgi değişimi ile BSO tarafından belirlenen ve sektörel düzenleyici kurum tarafından onaylanan yatırımların finansmanını sağlaması gerekmektedir. Bununla birlikte mülkiyet ayrıştırmasında olduğu gibi BSO'da da, sistemi işletenin, üretim veya tedarik faaliyeti ile iştigal eden şirket ile arasında kontrol ilişkisinin bulunmaması; BSO'nun yönetim ve denetim organlarına üye atayan ya da üye olan kişilerin, üretim veya tedarik faaliyeti gösteren bir teşebbüste aynı görevlerde bulunmuyor olması gerekmektedir. BSO ayrıca, sistemin işletimi için gerekli olan finansal, teknik, fiziksel kaynaklara ve insan kaynağına sahip olduğunu ispatlamakla yükümlü kılınarak, BSO'nun, dikey bütünlük yapısının diğer bölümleri ile personel ve hizmet değişimi yapmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Diğer taraftan sistem kullanıcıları arasında ayrımcılığa neden olmadığı, tüm kullanıcıların aynı koşullarla yararlanabildiği, üretim veya tedarik faaliyetlerindeki rekabeti engellemediği ve sektörel düzenleyici kurum tarafından onaylandığı takdirde, dikey bütünlük yapıdaki şirketlerden hizmet alımına izin verildiği görülmektedir⁴³. BSO'nun günlük faaliyetlerini yürütecek yöneticilerin tayininde ise; bağımsız yönetici kavramı öne çıkmakta ve bu amaçla yöneticilerin, düzenleyici kurumun denetimine tabi olarak BSO Denetim Kurulu tarafından atanması ve şebekenin mülkiyetine sahip dikey bütünlük yapıdaki teşebbüsten şebeke birimine ve şebeke biriminden dikey bütünlük teşebbüse transferinde belirli bir sürenin (cooling-off period)

⁴² Şahin, s. 15; Eroğlu, s. 131-132.

⁴³ Şahin, s. 15 vd.; Eroğlu, s. 131-132.

geçmesi öngörülmüştür. 2009 tarihli Direktif'te; BSO'nun, tüketici nezdinde dikey bütünleşik teşebbüsün devamı niteliğinde olduğu izlenimi vermeyecek şekilde kurumsal kimliğine, iletişim adreslerine, markasına ve binasına dikkat etmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁴⁴.

İletim şebekesi bakımından mülkiyet ayrıştırması veya BSO öngören 2009 tarihli Direktif'te dağıtım şebekesi açısından bakıldığında, hukuki ayrıştırmanın benimsendiği ve 2003 tarihli Direktif ile aynı doğrultuda, farklı tüzel kişilikler oluşturulması, şirket yapılanmalarının ve karar verme mercilerinin eklektik sektöründeki diğer piyasa faaliyetlerinden serbest kılındığı dikkat çekmektedir. Bu amaçla, dağıtım şirketinin, elektrik piyasasındaki diğer piyasa faaliyetlerini iştigal eden şirketlerin olağan işleyişine müdahale etmemesi, yönetici kadrolarının özgürlüğünün sağlanması, sistemin işletilmesine ve ilerlemesine yönelik olarak karar verecek kişilerin, dikey bütünleşik yapıdan tamamen serbest hale getirilmesi, faaliyetlerin sürdürülmesi için elzem olan kaynaklara sahip olunması gibi birtakım tedbirler düzenlenmiştir. Direktif'te; dağıtım şirketinin kullandığı iletişim bilgileri ve marka bakımından, aynı dikey bütünleşik yapı içerisinde yer alan tedarik şirketinden, bağımsız olduğuna ilişkin kuşkuya mahal verilmemesi gerekmektedir. Bu düzenlemeler ışığında, 6446 sayılı Kanun ve ikincil mevzuat ile benimsenen dağıtım faaliyeti ile iştigal eden şirketin, dikey bütünleşik yapıdaki diğer şirketler ile arasında zorunlu kılınan muhasebe ve yönetim ayrıştırmasıyla desteklenmiş hukuki ayrıştırma ile 2009 Direktifi ile dağıtım şirketleri bakımından getirilen ayrıştırma türü benzerdir.

II. DİKEY BÜTÜNLEŞİK YAPIDAKİ DAĞITIM ŞİRKETLERİ İLE DİĞER ŞİRKETLER ARASINDA YÖNETİM AYRIŞTIRMASI

Dağıtım ile rekabete açık piyasa faaliyetlerinden olan üretim ve tedarik faaliyetleri arasındaki yönetim ayrıştırması ilk olarak 4628 sayılı Kanun döneminde; EPDK'nın 4019 sayılı Kurul Kararı ile dikey bütünleşik yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, üretim ve perakende satış şirketinden yönetim olarak ayrışmasının 01.01.2013 tarihine kadar gerçekleştirilmesi şeklinde

⁴⁴ Şahin, s. 16.

düzenlenmiştir (m. 6.3). Zira, dağıtım şirketi ile dağıtım şirketiyle aynı kontrol ilişkisine sahip üretim ve perakende satış şirketlerinin yöneticileri ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla genel müdür yardımcısına denk veya daha üst makamlarda imza yetkisini haiz diğer yöneticiler ve denetçilerin 01.01.2013 tarihinden itibaren farklı kişilerden oluşturulması zorunlu tutulmuştur.

6446 sayılı Kanun dönemine gelindiğinde de; yönetim ayrıştırmasının ikincil bir düzenleme olan Lisans Yönetmeliği m. 33.5'de düzenlendiği görülmektedir. Anılan hüküm uyarınca, dikey bütünleşik yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, aynı yapı içerisinde bulunan üretim, görevli tedarik şirketi yöneticilerinin farklı kişilerden oluşması zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte dağıtım şirketinin yöneticilerinin ana şirketin, dağıtım ile perakende satış ve/veya üretim faaliyetlerini birlikte izlemek, koordine etmek, yönetmek, denetlemek gibi amaçlarla veya bu etkileri doğurabilecek şekilde, ilgili ana şirket bünyesinde veya kontrolünde olan şirketlerde oluşturulan; kurul, yönetim kurulu ve benzeri yapılanmalarda görev alması yasaklanmıştır. Bu yasağın, aynı zamanda, dağıtım şirketinin yatırım planlarına, şirketin işleyişine yönelik bilgilere, finansal durumlarına vb. gibi bilgilere vakıf olmayı da kapsayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda, dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin bünyesinde, dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerin elektrik piyasası faaliyetlerini birlikte izlemeyi, koordine etmeyi, yönetmeyi, denetlemeyi sağlayacak şekilde görev almalarının yanı sıra ana şirket bünyesindeki tedarik ve üretim şirketleri ile yöneticilerinin aynı olmasının yasaklandığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan söz konusu yasak, sadece dağıtım şirketi bakımından getirildiğinden, görevli tedarik şirket yöneticilerinin ana şirket bünyesinde veya onun kontrolünde olan diğer şirketlerde birtakım görevleri yerine getirmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Türkiye Elektrik Sektörünün rekabete açılması sürecinde Rekabet Kurulu'nun asli görevlerinden biri olan rekabet savunuculuğunu ifa etmek amacı ile 2015 yılında yayınladığı Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış

Sektör Raporu'nda (Sektör Raporu)⁴⁵; dağıtım ve tedarik faaliyetinin ayrıştırılmasında; hukuki ayrıştırmanın etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi, dağıtım şirketinin günlük faaliyetlerine etki etmemesi için organizasyonel yapının ayrıştırılması ve yönetsel bağımsızlığın da sağlanması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle; dağıtım şirketlerinin rakip şirketlere açık olmayan ve ticari açıdan hassas olan bilgileri görevli tedarik şirketleriyle paylaşmasına olanak sağlayan mekanizmaları ortadan kaldırma, şirketlerin faaliyetlerini birbirinden bağımsız olarak yürütmek için yeterli derece kaynağa sahip olmasını sağlama, şirketlerin bağımsız karar alma mekanizmalarına sahip olmasını sağlama, dikey bütünlük teşebbüsün danışmanlık, tavsiye veya devamlı onay vermek suretiyle dağıtım şirketlerinin günlük faaliyetlerini etkileyecek bir güce sahip olmaması ve dağıtım şirketlerin yönetiminde bulunan kişilerin tedarik şirketinde görev almasının önüne geçme suretiyle yönetim ayrıştırmasının sağlanacağı belirtilmiştir⁴⁶.

⁴⁵ **Rekabet Kurumu**, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Raporu, Ankara 2015, <<http://rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%C3%B6r+Raporu%2FElektriksektor.pdf>> s.e.t.23.3.2020.Rekabet Kurumu'nun temel görevi şüphesiz 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yasaklayıcı hükümlerini başta uygulamaktır. Söz konusu uygulamanın kapsamı teşebbüs davranışlarıyla sınırlıdır. Bununla birlikte yalnızca teşebbüs davranışları ile değil, bazen de devletin ve kamu kurumlarının yapmış olduğu çeşitli düzenlemeler ve işlemler sonucunda da piyasalardaki rekabetin kısıtlanması söz konusu olabilmektedir. İşte bu noktada, rekabet kurumlarının rekabeti etkileyebilecek yasa ve ikincil düzenlemelere ilişkin görüş bildirmesi ve mal ve hizmet piyasalarındaki rekabet koşullarını etkileyebilecek olan başta, regülasyon, de-regülasyon ve özelleştirme olmak üzere, önemli politika süreçlerine aktif bir şekilde dahil olması, en az rekabet hukuku uygulamaları kadar önem kazanan bir görev haline gelebilmektedir. Rekabet Kurumlarının bu yöndeki çabaları ve hazırladıkları raporlar, rekabet savunuculuğu görevinin bir parçası olmaktadır. Nitekim, elektrik piyasalarının serbestleşmesi sürecinde Rekabet Kurumu tarafından 2015 yılında yayınlanan Sektör Raporu da, bu kapsamda yapılan çalışmalardan biridir.

⁴⁶ **Rekabet Kurumu**, Sektör Raporu, s. 89. Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan bu raporun temel amacı, politika belirleyiciler ve ilgili kurum ve kuruluşlara yönelik olarak elektrik piyasalarının serbestleşmesi sürecinde dikkate alınması gereken hususlara dikkat çekmektir. Başka bir ifadeyle, bu raporun rekabet hukuku uygulamaları ile değil rekabet politikası tartışmaları ile ön plana çıktığı söylenebilir. Bu çerçevede, örnek olarak, ayrıştırma kapsamında getirilen öneriler, daha çok EPDK'ya yönelik olarak ayrıştırma konusundaki ikincil düzenlemeler kapsamında nelere dikkat edilmesi gerektiği hususlarına ilişkindir. Kaldı

Gerek elektrik piyasası mevzuatı gerekse Rekabet Kurulu tarafından yayınlanan Sektör Raporu ile işaret edilen dikey bütünleşik yapıdaki dağıtım şirketleri ile ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketler arasında getirilen yönetim ayrıştırmasının amacı, dağıtım şirketinin diğer şirketlerden tamamen bağımsız kılınması ve ayrı bir organizasyona ve karar verme işleyişine kavuşturulmasıdır. Zira, dağıtım şebekesini işleten şirkete sahip olan tüzel kişiliğinin mülkiyetten doğan hakları ve buna bağlı olarak da şebekeye ilişkin kararları etkileme gücü bulunmaktadır. Yönetim ayrıştırması sayesinde dikey bütünleşik yapıdaki tüm şirketlerin, dağıtım şirketinin olağan faaliyetlerinin yanı sıra, kararlarına etki etmesinin engellenmesi ve kararların, sadece dağıtım şebekesinin işletilmesi lehine olacak şekilde alınması öngörülmüştür. Ayrıştırılan dağıtım şirketinin, dikey bütünleşik yapı içerisinde bulunduğu diğer şirketlere, piyasa faaliyetleri bakımından rekabete duyarlı bilgi değişimin yapılması engellenmeye çalışılmıştır. Bu sayede piyasa kapama, iki şirketin etkileşimi ve dağıtım şirketinin ayrımcı uygulamaları yoluyla dikey bütünleşik yapıdaki tedarik şirketine rekabetçi avantaj sağlayan davranışlarda bulunma, serbest tüketicilerin tedarikçi değişim sürecinin dağıtım şirketi tarafından görevli tedarik şirketi lehine olacak şekilde zorlaştırılması ve geçiş

ki; 2008 yılında 4628 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle hukuki ayrıştırma yasal bir koşul haline getirildiğinden, artık EPDK'nın görev alanına girmiştir. Başka bir ifadeyle, hukuki ayrıştırmanın, çalışma konumuz bakımından yönetim ayrıştırmasının uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığı konusu, öncelikli olarak Rekabet Kurumunun değil, EPDK'nın görev ve sorumluluk alanındadır. Ancak, teşebbüs davranışlarının analizinde davranışın piyasaya etkisi yanında hâkim durumdaki teşebbüsün niyet unsurunu da inceleyen Rekabet Kurumu bakımından hukuki ayrıştırmada uyulmayan kurallar, bir anlamda teşebbüsün kötüye kullanma niyeti bakımından olumsuz kanaat uyandırabilecektir. Bu nedenle, "hukuki ayrıştırma" konusunda EPDK tarafından getirilen kuralların dikkate alınarak uygulanması, bunun yanında rekabet hukuku uygulamaları bakımından da rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma ya da rekabeti engelleme niyeti olarak değerlendirilebilecek durumlardan kaçınılması yerinde olacaktır. Bu bağlamda; EPDK'nın dağıtım faaliyetinin diğer piyasa faaliyetleri ile ayrıştırılmasına ilişkin olarak öngördüğü muhasebe ve yönetim ayrıştırma ile desteklenmiş hukuki ayrıştırma kurallarına uygunluğun sağlanmasının, rekabet hukukundan kaynaklanan riskleri büyük oranda azaltacağı söylenebilir.

maliyetlerinin artırılması gibi rekabeti sınırlayıcı davranışlar önlenmeye çalışılmıştır.

III. ELEKTRİK PİYASASINDA ANA ŞİRKET KAVRAMI

Elektrik piyasasında istenen rekabet seviyesinin sağlanması amacıyla, dağıtım şirketi ile ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketler arasında getirilen yönetim ayrıştırması nedeniyle elektrik piyasası mevzuatı bakımından ana şirket kavramının tespiti önem arz etmektedir. Ancak, bu kavramın elektrik piyasası mevzuatı uyarınca neyi ifade ettiği hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ana şirket kavramının geçtiği Lisans Yönetmeliği geçici m. 4'ün uygulanmasına ilişkin olarak EPDK tarafından 5603-32 sayılı Kurul Kararı alınmış ve “Yönetmeliğin geçici 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “ana şirket” tabirinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 195 inci maddesinde yer alan “hâkim şirket” olarak uygulanmasına” karar verilmiştir. Söz konusu Kurul Kararı ile Lisans Yönetmeliği'nde yer alan belirli bir maddedeki “ana şirket” kavramı açıklanmış olsa da, elektrik piyasası mevzuatında ana şirkete ilişkin başka herhangi bir tanım ve açıklama bulunmadığından “ana şirket” olarak ifade edilen her durumda Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁴⁷ m. 195'te düzenlenen “hâkim şirket”in anlaşılması yerinde olacaktır. Bu kapsamda ilk olarak enerji piyasası mevzuatı bakımından “ana şirket” kavramının anlaşılabilmesi için TTK m. 195 ve devamında hüküm altına alınan hâkim şirket ve dolayısıyla da hâkimiyet kavramının izahı gerekmektedir.

Hâkimiyet kavramı, esasen TTK'da açıkça tanımlanmamış olup, sadece hâkimiyetin varlığına dair karineler ortaya konulmuştur. Ancak genel olarak hâkimiyet kavramının, şirketin yönetimine dair kararların alınmasında etkili olma gücünü ifade ettiği söylenebilir⁴⁸. Ana şirket ifadesinin geçtiği Lisans

⁴⁷ RG., T. 14.02.2011, S. 27846.

⁴⁸ **Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, s. 96; **Tekinalp, Ünal** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C: 2, İstanbul, s. 1548; **Tekinalp, Ünal/Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin** (2013) Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul, s. 699; **Şener, Oruç Hami** (2017)

Yönetmeliği m. 33.5'de ve geçici m. 4.3'de hakimiyet kavramına yer verilmemiş, ancak "kontrol" kavramı kullanılmıştır. Kontrol kavramının da hâkimiyet kavramını ifade edecek şekilde anlaşılması yerinde olacaktır⁴⁹. Kaldı ki, 6446 sayılı Kanun m.4.r'de kontrol; *“Bir tüzel kişi üzerinde ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan hakları, sözleşmeler veya başka araçlarla ve özellikle bir tüzel kişinin malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkıyla veya bir tüzel kişinin organlarının oluşumunda veya kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan hakları veya sözleşmelerle meydana getirilen haklar”* olarak tanımlanmıştır.

TTK m. 195'de belirtilen durumlarda hâkimiyetin gerçekleştiği, dolayısıyla belirtilen durumlarda bir şirketin hâkim, diğerinin bağlı şirket olduğu hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükme göre; bir ticaret şirketinin,

Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, s.174. Hakimiyet kuran, şirketin işletme konusunun elde edilmesi için gerekli olan olağan işlemlerle ilgili kararların alınmasını sağlayabiliyorsa, hakimiyetin bulunduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, s. 1551-1552.

⁴⁹ Bu yönde bkz. **Tekinalp**, s. 1548 vd. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda (RG., T. 01.11.2005, S. 25983) kontrol kavramına ilişkin bir tanım verilmiştir (m.3). Buna göre kontrol; bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olma şartı aranmadan, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı payların elde bulundurulması veya diğer pay sahipleri ile yapılan anlaşmalar uyarınca oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını ifade etmektedir. Rekabet hukuku açısından kontrol kavramı tanımının 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ m. 5.2'de yapıldığı görülmektedir. Bu kapsamda; kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçların özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte kontrolün, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebileceği düzenlenmiştir. Verilen tanımlardan da kontrol kavramı ile hâkimiyet kavramının eş anlamlı kullanılabileceği anlaşılmaktadır.

diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahip olması veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahip olması yada kendi oy hakkı yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturmasının yanı sıra, bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketini, sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutması durumunda birinci şirket hâkim şirket, diğerleri ise bağlı şirket olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması da, dolaylı hâkimiyetin var olduğuna emare teşkil etmekte ve ilk şirket hâkim şirket, diğeri ise bağlı şirket olarak değerlendirilmektedir.⁵⁰ İlgili madde metninden yola çıkarak, bağlı şirket olan

⁵⁰ Ana şirket ve bağlı şirket kavramları, şirketler topluluğunun unsurları olup, şirketler topluluğu kavramı hukukumuzda yeni bir kurum olarak 6102 sayılı TTK ile girmiş ve m. 195 ila m. 209 arasında düzenlenmiştir. Şirketler topluluğunun ortaya çıkması farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Bunlar başlıca, şirketlerin finansal güçlerinin müşterek bir politika kapsamında koordine edilebilmesi, yönetimde uzmanlaşma, yabancı şirketler bakımından düşünüldüğünde buldukları ülkenin şartlarına daha kolay uyum sağlayabilmelerinin sağlanması, hâkim şirketin sorumluluk sınırlanmalarından faydalanma amacı olarak sayılabilmektedir. Ancak şirketler topluluğu yapılanmasının, sınırlı sorumluluk ilkesinden faydalanma yoluyla ve malvarlığının korunması ilkesine aykırı olarak hâkim olan teşebbüs veya şirket lehine kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla Kanun'da bu hususta özel hükümlerin öngörülmesi gerekmektedir. Elbette, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve malvarlığının korunması ilkesi gibi başkaca koruyucu hükümler yoluyla, bağlı şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların aleyhine durumların önüne geçilmesi mümkündür. Ancak şirketler topluluğunun kendine özgü yapısı düşünülerek özel düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir. **Göktürk, Kürşat** (2015) Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, 1. Baskı, Ankara, s. 11-12. TTK'nın ilgili hükümleri incelendiğinde şirketler topluluğunun, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketi üzerinde hâkimiyet kurmasını ifade ettiği görülmektedir. Şirketler topluluğuna ilişkin düzenleme öngörülmesi ile ana ve bağlı şirketler arasındaki ilişkilerin şeffaflık, hesap verebilirlik ve menfaat dengesi temelinde kurallara bağlanması amaçlanmıştır. Her ticaret şirketi bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmakla birlikte, şirketler topluluğunda yer alan bağlı şirketlerin yönetimi, bağımsız bir şirkete oranla farklılık arz etmektedir. Şirket yönetiminde sadece ilgili şirketin değil, tüm topluluğun amacı ve menfaati gözetilir. Bu önemli husus, şirketler topluluğu bakımından özel düzenlemeler öngörülmesini gerektirmektedir. **Okutan Nilsson**, s. 13-15. Şirketler topluluğundan bahsedebilmek için, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketi üzerinde hâkimiyet kurmuş

dağıtım şirketi üzerinde fiili veya sözleşmeye dayalı olarak doğrudan veya dolaylı şekilde, tek başına veya birlikte hâkimiyet kuran şirket ana şirkettir.

Sözleşmeye dayalı hakimiyet, bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketini merkezi sevk ve idaresi altına alarak, ona bağlayıcı talimat verme hakkı veren bir sözleşme gereğince⁵¹ bu şirketi hâkimiyeti altına almasıdır (TTK m. 195.1.b). Fiili hâkimiyet ise, hâkimiyet sözleşmesine dayanmayan bütün hâkimiyet sağlama yollarını içerecek şekilde geniş bir kavram olarak algılanmalıdır. Bu kapsamda ilk olarak oy çoğunluğuna dayanan hâkimiyet akla gelmektedir (TTK. m. 195.1.a.1, m. 195.1.a.3). Burada bir ticaret şirket diğer bir şirket üzerinde oy haklarının çoğunluğuna ya tek başına veya bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ile birlikte sahip olmaktadır. İkinci durumda oy çoğunluğu esas sözleşme ile değil, oy sözleşmeleriyle oluşturulmaktadır⁵². Fiili hâkimiyetin sağlanmasının bir diğer yolu ise, şirket sözleşmesine dayanan hâkimiyet olup (TTK m. 195.1.a.2), şirket sözleşmesi uyarınca, bir ticaret şirketinin, başka bir ticaret şirketinin, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkına sahip olmasıdır. Şirket sözleşmesine dayalı olarak hâkimiyetin sağlanması, genellikle bazı paylara veya belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınan imtiyazlar ile söz konusu olabilmektedir. Doktrinde inançlı yönetim kurulu üyeliği⁵³ kapsamında bir ticaret şirketinin, başka bir ticaret

olması ve her iki şirketin de hukuki bağımsızlıklarını koruyor olmaları gerekmektedir. Şirketler topluluğunun tanımına ilişkin bkz. **Pulaşlı, Hasan** (2007) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, GÜHFD, C:11,S: 1-2, s. 262-263; **Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu**, s. 688; **Göktürk**, s. 8.

⁵¹ Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda hâkimiyet sözleşmeleri hüküm altına alınmış olup, söz konusu hükümden hareketle tanım için bkz. **Tekinalp**, s. 1555; **Gürel**, s. 65; **Göktürk**, s. 29-30.

⁵² **Tekinalp**, s. 1555; **Şener**, s. 175.

⁵³ İnançlı yönetim kurulu üyeliği kurumu TTK'da hüküm altına alınmamıştır. Ancak öğretilerde kabul edilen tanım uyarınca inançlı yönetim kurulu üyeliği, bir sözleşme ilişkisine dayalı olarak, yönetim kurulu üyeliği görevinin, bir pay sahibinin veya üçüncü bir kişinin çıkarlarının korunması için, onun talimatları doğrultusunda yürütülmesidir. Bir diğer tanımla, inançlı yönetim kurulu üyeliği, çeşitli sebeplerle şirket yönetiminde bizzat yer almak istemeyen veya hukuken yer alması mümkün olmayan menfaat sahiplerinin,

şirketini “başka bir yolla⁵⁴(TTK m. 195.1.b)” fiili hâkimiyeti altına alabileceği de ifade edilmektedir⁵⁵.

Bir şirketin veya şirketlerin, dağıtım şirketi üzerinde herhangi üçüncü bir kişi olmadan hâkimiyet sağlaması doğrudan hâkimiyet⁵⁶iken, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla dağıtım şirketi üzerinde hâkimiyet sağlaması, dolaylı hâkimiyettir⁵⁷. Doğrudan hâkimiyette ana şirket, bağlı şirketin oy haklarının çoğunluğuna sahip olma, bağlı şirketin karar almasını sağlayacak sayıda yönetim organının üyelerini seçebilme veya bir hâkimiyet sözleşmesi akdetme gibi hâkimiyeti tesis edici araçların tamamına doğrudan doğruya sahiptir⁵⁸. Dolaylı hâkimiyet ise, bir şirketin veya şirketlerin, diğer bir şirket üzerinde

anonim şirket yönetiminde temsil edildiği bir kurumdur. İnançlı yönetim kurulu üyesi, bir menfaat sahibinin çıkarlarını korumak ve onun talimatları doğrultusunda hareket etmek üzere yükümlülük altına girmiş olan kişiyi ifade etmektedir. Ancak menfaat sahibi ile inanca üye arasındaki sözleşme ilişkisi taraflar arasında geçerli olup, inanca yönetim kurulu üyesinin şirkete karşı olan yükümlülüklerine bir etkisi bulunmamaktadır. Söz konusu menfaat sahibinin verdiği talimatın; (i) Kanuna ve esas sözleşme hükmüne aykırı olmamalı, (ii) Anonim şirketin menfaatine aykırı olmama, (iii) Talimatın, yönetim kurulu üyesinin takdir yetkisi kapsamında bulunması, (iv) Talimatın yerine getirilmesi yönetim kurulu üyelerinin devredilemeyen yetkilerinin devri sonucunu doğurmama şartlarını taşıması gerekmektedir. İnançlı yönetim kurulu üyeliğine ilişkin açıklama için bkz. **Korkut, Ömer** (2007) “Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği ve İnançlı Üyeye Verilebilecek Talimatların Sınırı”, Ankara Barosu Dergisi, C: 65, S:3, s. 129-137; **Yanlı, Veliye** (1998) “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu”, Prof Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, s. 656-666. TTK m. 202/5 ve m. 205 hükümlerindeki bağlı şirket yönetim kurulu üyelerinin talimatlara uymasından sorumlu olmamasına ilişkin düzenlemelerin, söz konusu yönetim kurulu üyelerinin inanca yönetim kurulu üyesi niteliğinde olduğu varsayımından hareketle öngörüldüğü yönünde bkz. **Gürel, Murat** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk”, (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 63.

⁵⁴ Tedarik anlaşmaları, kredi sözleşmeleri, franchise anlaşmaları gibi ekonomik sebeplerle yapılan sözleşmelerin başka yolla hâkimiyetin sağlanmasına olanak tanıyıp tanımadığı hususundaki tartışma için bkz. **Okutan Nilsson**, s. 138 vd.

⁵⁵ **Gürel**, s. 61.

⁵⁶ **Okutan Nilsson**, s. 143, **Gürel**, s. 40.

⁵⁷ **Pulaşlı**, s. 286; **Okutan Nilsson**, s. 144, **Gürel**, s. 40.

⁵⁸ **Okutan Nilsson**, s. 144.

katılma payı olmamasına rağmen, hâkim olduğu başkaca bir şirket vasıtasıyla hâkimiyet kurmasıdır⁵⁹. Bu sayede hâkim şirket, hâkimiyet kurduğu şirketler vasıtasıyla daha alt kademelerdeki şirketlere de hâkim olmaktadır. Söz konusu tanımları somutlaştıracak olursak; X şirketi, Y şirketinin, Y şirketi de dağıtım şirketinin paylarının çoğunluğuna sahiptir. Bu durumda, dağıtım şirketinin doğrudan hâkim ortağı Y şirketi iken, dolaylı hâkim ortağı ise X şirkettir. Bu nedenle, X şirketi bulunduğu konum itibariyle hem paylarının çoğunluğuna sahip olduğu Y şirketini hem de herhangi bir payı olmamasına rağmen dağıtım şirketini kontrolü altında tutmaktadır⁶⁰.

Bir ticaret şirketinin kendisinin veya bağlı şirketleri kanalıyla, dağıtım şirketi üzerinde tek başına karar verebilme imkânına sahip olması tek başına hâkimiyet kavramı ile açıklanmaktadır⁶¹. Birlikte hâkimiyette ise, dağıtım şirketinin nasıl yönlendirileceğine ilişkin olarak tek bir şirketin değil, o şirkette dolaylı olarak hâkimiyet kuran, birden fazla şirketin birlikte karar vermesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile dağıtım şirketinin paylarının tamamına sahip olan şirkete pay sahibi olan şirketlerin birlikte hareket etmek suretiyle dağıtım şirketinin kararlarına etki edebilmesi söz konusudur. Zira dolaylı hâkimiyetten farklı olarak, burada, hâkimiyetin kullanılmasına katılan şirketler, sadece vasıta değil, aynı zamanda karar veren mercidir. Bu anlaşmanın mutlaka açık bir sözleşme tarzında olmasına gerek yoktur, fiilen ortak bir tavır benimseyerek dağıtım şirketinin nasıl yönetileceği konusunda zımnen mutabakat içinde olunması yeterlidir. Ancak bunun kabulü için, tarafların sürekli bir şekilde uyumlu davranış içerisinde olması gerekmektedir⁶². Diğer taraftan bir pay sahibinin veya bir pay grubunun kararların alınmasında önleyici azınlık oluşturması veya dağıtım şirketinin yönetiminin taraflardan birine bırakılmış

⁵⁹ Pulaşlı, s. 286.

⁶⁰ Uygulamada dolaylı hâkimiyetin çok daha karmaşık şekillerde ortaya çıktığı söylenmektedir. Bu hususta ayrıntılı örnekler için bkz. Tekinalp/Poroy/Çamoğlu, s. 690 vd.; Okutan Nilsson, s. 144 vd.

⁶¹ Okutan Nilsson, s. 148.

⁶² Akın, İrfan (2014) Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku,1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 64-65; Okutan Nilsson, s.149.

olması gibi somut olaydaki aksi sonuca varılabilecek haller, birlikte hâkimiyetin varlığının tespitinde göz önünde bulundurulmalıdır⁶³.

Dağıtım şirketinin sahibi olan şirketin oylarının iki sermaye grubu arasında eşit paylaşılması durumunda ise, her iki sermaye grubunun da dağıtım şirketini, ortak bir anlayışla yönetmek durumunda oldukları ve hâkimiyetin birlikte tesis edildiği kabul edilebilir. Burada tarafların eşit pay sahipliği sebebiyle değil, bu ortak yönetim iradesinden dolayı birlikte hâkimiyet olgusu gerçekleşmiştir. Diğer taraftan, birlikte hâkimiyetin tespitinde, somut durumda eşitliği bozan diğer unsurların var olup olmadığına, taraflar arasında bu ilişkinin nasıl yürüdüğüne, özellikle yönetim organı üyelerinin gerçekten tarafları eşit şekilde temsil edip etmediği gibi durumlar da göz ardı edilmemelidir⁶⁴. Bu nedenle, birlikte hâkim olabileceği düşünülen kişilerin gerçekten de uyumlu şekilde davrandıkları ve şirketteki pay sahipliğinden doğan haklarını birbirlerine paralel şekilde kullandıkları ortaya koyulmalıdır. Yönetimdeki bu paylaşımın, süreklilik arz etmesi ve ileriye dönük olarak da devam edeceğine dair bir kabule temel oluşturabilecek nitelikte olması gerekir⁶⁵.

Birlikte hâkimiyet durumunda hâkimiyetten doğan sonuçların birlikte hareket eden şirketlerin oluşturduğu birliğe değil, her birine ayrı ayrı uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁶. Bu bağlamda, dağıtım şirketi üzerinde birlikte hâkimiyet kuran şirketlerin her biri elektrik piyasası uyarınca ana şirkettir, şeklinde tespit yapılması yerinde olacaktır.

IV. DAĞITIM ŞİRKETİNİN ANA ŞİRKET VE ONUN KONTROLÜNDE OLAN ŞİRKETLERDEN YÖNETİMSEL OLARAK AYRIŞTIRILMASININ BEKLENEN FAYDAYI SAĞLAYAMAMASI

Lisans Yönetmeliği m. 33.5'de düzenlenen yönetim ayrıştırması, dağıtım şirketinin ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerden tamamen

⁶³ Okutan Nilsson, s. 149; Gürel, s. 48-49.

⁶⁴ Okutan Nilsson, s.124.

⁶⁵ Okutan Nilsson, s. 149 vd; Akın, s. 65 vd.

⁶⁶ Okutan Nilsson, s. 150-151. Alman Hukuku bakımından da hâkim görüşün bu yönde olduğuna ilişkin olarak bkz. Okutan Nilsson, s. 152.

bağımsız olarak yönetilmesini amaçlamış ve bu sayede dağıtım şirketinin, kararlarını, sadece ve sadece faaliyet konusu olan dağıtımın gereği gibi ifa edilebilmesi amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Diğer taraftan, dağıtım şirketinin yöneticilerinin, mülkiyetten doğan hak nedeniyle ana şirket tarafından atandığı da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin çıkarlarına yarayacak, bu sebeple de ana şirketten gelen ve piyasada istenilen etkin rekabet seviyesine sekte vurabilecek nitelikteki talimatlar doğrultusunda karar alabilmeleri muhtemeldir. Bu durum; dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin bünyesinde, dikey bütünleşik yapıdaki şirketlerin elektrik piyasası faaliyetlerini birlikte izlemeyi, koordine etmeyi, yönetmeyi, denetlemeyi sağlayacak şekilde görev almasını ve ana şirket bünyesindeki tedarik ve üretim şirketleri ile yöneticilerinin aynı kişilerden oluşmasını yasaklayan düzenlemede bertaraf edilmek istenen sonucu doğuracaktır. Başka bir ifade ile, dağıtım şirketinin piyasadaki diğer oyuncuların bağımsız olmasını sağlamaya yönelik getirilen ana şirket ve kontrolündeki şirketler ile arasındaki yönetim ayrıştırmasından beklenen fayda, dağıtım şirketinin yöneticilerinin, ana şirket tarafından atanmış olmaları sebebiyle, ana şirket yöneticilerinden farklı olması durumunda dahi sağlanamayacaktır.

Hukuki ayrıştırmanın, muhasebe ve yönetim ayrıştırması ile desteklense dahi, grup içerisindeki şirketlerin arasındaki ilişkinin istenilen seviyede bağımsız hale gelmediği görülmektedir⁶⁷. Elektrik piyasası mevzuatında öngörülen ayrıştırma, dikey bütünleşik yapı içerisindeki şirketlerin içinde bulunduğu çıkar çatışmasının tümüyle sona erdirilmesi ve bu şirketlerin diğer piyasa oyuncularına uygulayabilecekleri ayrımcı davranışların tam manasıyla önlenmesi imkânını sağlayamamaktadır. Zira, bağlı şirketlerin birbirlerinden rekabete duyarlı bilgi edinme istekleri, birbirlerinin işleyişine, ana şirket veya kontrolünde olan diğer piyasa faaliyetleri ile ilgilenen şirketlerin çıkarları doğrultusunda müdahale etmeleri benimsenen mevcut ayrıştırma ile tam olarak ortadan kaldırılamamaktadır. Ayrıca, ana şirket ve kontrolünde olan şirketler arasındaki bilgi değişiminin kontrolünün ve alt ve/veya üst pazarlarda

⁶⁷ Pollitt, s. 13; Eroğlu, s. 125-126.

faaliyet gösteren rakiplerini pazar dışına itmek için kullandıkları yöntemlerin pek çoğunun tespiti de oldukça güçtür⁶⁸. Bu durum, ağır bir sektörel düzenleme yükü getireceği gibi, piyasa da gerekli rekabetin sağlanması bakımından istenen etkiye de sahip olamayacaktır. Zira, her ne kadar, sektörel düzenleyicilerin yetkilerinin artırılması ve düzenlemelerin daha kapsamlı hale getirilmesi, dikey bütünlük şirketlerin, rekabeti kısıtlamak için sahip oldukları araçları azaltsa da, bu yöndeki güdülerini azalmayacak ve sektördeki rekabetin kısıtlanma riski tam anlamıyla ortadan kalkmayacaktır. Bu nedenle, ana şirketin mülkiyetten doğan dağıtım şirketi üzerindeki hukuki haklarının ve buna bağlı olarak sisteme yönelik kararları etkileme gücünün hukuki ayrıştırma şartlarını bozacak şekilde kısıtlanması ancak, mülkiyet ayrıştırması ile mümkün olabilecektir⁶⁹.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun Enerji Sektör Araştırması'nda, birbirinden hukuki olarak ayrıştırılmış olsa da şebeke işleten bir şirket ile tedarik ve/veya üretim faaliyeti ile iştigal eden şirketinin aynı binada veya tesiste bulunmasının, ortak bilgi sistemi veya iletişim kanalları kullanılmasının, personellerin aynı bina ve tesislerde çalışması veya bir arada eğitim verilmek saikiyle sürekli iletişim ve etkileşim halinde olmaya devam etmesinin ve benzer etkenlerin tümünün, aralarında ayrıştırma yapılan şirketlerin yakın koordinasyonuna ve "özel bir ilişki"nin devamına yol açtığı ifade edilmiştir. Çalışanların kendilerini aynı grubun parçası olarak görmeye devam etmelerinin ve belli bir grup içerisinde olma şeklindeki düşüncüyü güçlendiren diğer etkenlerin varlığının, şebeke faaliyeti ile iştigal eden şirketinin serbest olma yükümlülüğünü riskli hale getirdiği tespit edilmiştir⁷⁰.

⁶⁸ **Mulder Michael/Shestolova Victoria/Lijesen Mark** (2005) "Vertical Separation of Energy - Distribution Industry- An Assessment of Several Options for Unbundling" CPB Document, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, The Hague, s. 49; **Communication from the Commission**, "Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)", COM (2006) 851 final, Brussels 2007, s. 162.

⁶⁹ **Ehlers**, s. 124; **Şahin**, s. 11.

⁷⁰ **Communication from the Commission**, "Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)", COM (2006) 851 final, s. 161-162.

Elektrik piyasasında dikey bütünleşik yapı nedeniyle ortaya çıkabilecek tüm sakıncaları gidermek için en radikal çözümü olarak ileri sürülen mülkiyet ayrıştırması⁷¹ sayesinde piyasa oyuncularının ayrımcı davranışlara maruz kalma olasılığı kalıcı biçimde ortadan kaldırılmakta ve bu nedenle mülkiyet ayrıştırması istenen etkin rekabetin sağlanması için de elzem bir şart olarak görülmektedir⁷². Zira, bu ayrıştırma ile, ana şirketin veya onun kontrolünde olan elektrik üretim ve tedarik şirketlerinin, şebeke sistemi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak kontrole sahip olması önlenilmekte ve şebeke sistemini işleten şirketlerin karar alma, yönetim kurulunu seçme, yatırım ve diğer finans kararları üzerinde etkili olma imkânı bulunmamaktadır⁷³. Bu nedenle, uygulamada ön plana çıkmaya başlayan mülkiyet ayrıştırması kamulaştırma/devletleştirme şeklinde olabileceği gibi, şebekelerin zorunlu satışa sunulması şeklinde de uygulanabilmektedir⁷⁴.

Nitekim Rekabet Kurumu'nun TEDAŞ'ın özelleştirilmesine ilişkin görüş raporuna bakıldığında da; öncelikle dağıtım şirketleri ile diğer piyasa faaliyetleri arasında mülkiyet ayrıştırmasını tavsiye edildiği görülmektedir. Zira, söz konusu raporda; TEDAŞ'ın özel sektöre devrinde amaçlanan dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin dikey bütünleşik yapı içerisinde kalacak tarzda devredilmesinin serbestleştirme sürecinde istenen etkin rekabetin sağlanması bakımından birtakım sakıncalar doğuracağı ifade edilmiş ve bu sakıncaların giderilmesi için en ideal çözümün; dağıtım şirketini devralacak şirketin perakende satış faaliyetinde doğrudan ya da dolaylı olarak faaliyet göstermesini

⁷¹ Mülkiyet ayrıştırması uygulayan ülkelere bakıldığında ise; ülkelerin büyük bir çoğunluğunun, rekabetin artırılmasından ziyade, esas olarak ulusal çıkarların ön planda tutularak şebeke sistemlerinin özellikle de iletim sistem operatörlerinin kamunun kontrolünde bırakıldığı ifade edilmektedir. Bu ayrıştırma modelini uygulayan diğer ülkelerde şebeke sistemlerinin özelleştirme öncesinde ayrıştırmaya tabi tutulduğunun görüldüğü ve bu ülkelerdeki ayrıştırma uygulamalarının, gönüllü anlaşmalar ya da ilgili teşebbüslerin kendi ticari kararları çerçevesinde gerçekleştirildiği ifade edilmiştir. **Ehlers**, s. 108; **Pollitt**, s. 8-9; **Şahin**, s. 34.

⁷² **Hariharan, Srikanth** (2011) "European Energy's Tryst with Competition Law", *European Competition Law Review*, United Kingdom, C. 32, S: 10, s. 514; **Mulder/Shestalova/ Lijesen**, s. 52, **Şahin**, s. 24-25.

⁷³ **Zafirova**, s. 30; **Cameron**, s. 27; **Eroğlu**, s. 125; **Şahin**, s. 11; **Akın**, s. 14; **Yavuz**, s. 56.

⁷⁴ **Ehlers**, s. 124; **Şahin**, s. 11.

engelleyecek şekilde, dağıtım ve perakende satış faaliyetleri arasında mülkiyet ayrıştırması yapılması gerekliliği dile getirilmiştir.

Elektrik piyasasında istenen rekabet düzeyinin sağlanabilmesi için rekabete açık piyasa faaliyetlerinden olan üretim ve tedarik faaliyetleri ile rekabete kapalı piyasa faaliyeti olan dağıtım arasında olması gerektiği ifade edilen mülkiyet ayrıştırmasının birtakım problemlere neden olacağı gerekçesi ile eleştirildiği de görülmektedir. Bu eleştirilerden biri; yatırım yapma isteğini azaltacağı ve hatta yatırım yapmaktan imtina etme problemine neden olabileceğidir⁷⁵. Diğer bir eleştiri ise; şebeke sistemlerinin dikey olarak ayrıştırılmasından sonra bu sistemlerin satışından elde edilen finansal gelirlerin, yatay bütünleşme için kullanılabilceği, bu sayede elektrik piyasasındaki üretim ve perakende satış faaliyetleri bakımından teşebbüs birleşmelerinin artabileceği, bunun da piyasanın rakiplere kapanması sonucunu doğuracağı; şebeke unsurları gibi stratejik önem taşıyan varlıkların yabancı teşebbüsler tarafından devralınacak olmasının arz güvenliğini tehlikeye atabileceğidir⁷⁶.

Mülkiyet ayrıştırmasının kabulü durumunda, şirketlerin bir kez daha yapılandırılması, şirketlerin faaliyetlerin fiziksel olarak ayrılması, yeni bilgi sistem ve iletişim kanallarının sistemlerinin oluşturulması, yönetici kadrosu da dâhil olmak üzere tüm personelin değiştirilmesi şeklindeki maliyet kalemleri ile birlikte yeniden pazarlık ve sözleşme yapılacak olması nedeniyle doğan maliyetler gibi işlem maliyetlerinin de hacimli birer maliyet kalemi olarak yansiyacak olması, eleştirilen diğer bir husustur. Mülkiyet ayrıştırması sonrasında, şayet, sistemler arasında bilgi alış ve verişinin iyileştirilmesine yönelik yatırımlar ihmal edilir ise, üretim ve şebeke faaliyetleri arasında koordinasyon sorunlarının meydana gelebileceği de göz önünde bulundurulmaktadır. Bunun sonucunda da, dikey olarak bütünleşmeye göre daha yoğun bir sektörel düzenlemeye gereksinim duyulabileceği⁷⁷ gibi, mülkiyet ayrıştırmasının hayata geçirilmesi, tedarikçiler arasındaki geçişleri

⁷⁵ Meyer, Roland (2011) "Vertical Economics and the Costs of Separating Electricity Supply-A Review of Theoretical and Empirical Literature", Bremen Energy Working Papers, S: 6, s. 11.

⁷⁶ Pollitt, s. 7 vd.; Şahin, s. 30.

⁷⁷ Ehlers, s. 105; Pollitt, s. 26.

kolaylaştırma, şeffaflığı ve yatırımları artırma vb. gibi piyasada rekabeti koruyan etkenlerin sağlanması için düzenleme yapılması gereğini de ortadan kaldırmayacaktır. Bu nedenlerle, mülkiyet ayrıştırmasının, pozitif düzenlemelerde yer almayan nitelikte, etkili bir sektörel denetime ihtiyaç duyulacağı⁷⁸ şeklindeki eleştiriler de göz önüne alınmalıdır.

Diğer taraftan, dağıtım faaliyeti ile iştigal eden şirketin, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerden muhasebe, yönetimin yanı sıra hukuken de ayrıştırılmış olması durumunda, ticari faaliyetlerini güçlendirmek, dolayısıyla sistem güvenilirliğini sağlamak için yatırım yapma sâikini ve faaliyetler arasındaki koordinasyonun mülkiyet ayrıştırılmasına tabi tutulmuş şirketten daha fazla olacağı da dile getirilmektedir⁷⁹. Ayrıca dağıtım faaliyeti bakımından daha ileri seviyedeki ayrıştırma yöntemlerinden beklenecek faydalarının, dağıtım şirketinin gelirlerinin maliyetlerini karşılayacak kadar yüksek olmaması ve dağıtım faaliyeti açısından henüz daha kapsamlı bir ayrıştırma yönteminin uygulanmasının orantısız olabileceği gerekçesi ile dağıtım şebekesi bakımından daha kapsamlı ayrıştırma yöntemine 2009 tarihli Direktifi'nde yer verilmemiştir.

Enerji sektöründe amaçlanan rekabetin daha sınırlı ve bu konudaki yönetsel deneyimin daha az yoğun olduğu ülkelerde, mülkiyet ayrıştırması gibi içerik olarak daha ileri ve kapsamlı ayrıştırma modellerinin faydalarının beklendiği kadar olmayabileceği dile getirilmektedir. Zira; ayrıştırmanın sonuçları, her bir devletin sahip olduğu gelişmişlik düzeyinin yanı sıra, ekonomik, siyasi ve yapısal ile hukuki özelliklerine göre farklılık gösterebilmektedir⁸⁰. Bu bağlamda, uygulanacak ayrıştırma modelinin hangisi olduğu konusunda en iyi çözüm, her ülkenin kendi özelliklerini dikkate alarak fayda-maliyet analizi yapılması ve ayrıştırma türleri bakımından elde edeceği fayda ve maliyetlerini değerlendirilmesidir.

Mülkiyet ayrıştırması gibi ağır bir yöntemin uygulanmasına başlanmadan önce, sektörel düzenlemelerin güçlendirilmesi ve pozitif

⁷⁸ Ehlers, s. 106; Pollitt, s. 1.

⁷⁹ Rees Ray/Scholz Sebastian (2010) "Electricity Market Design for Germany", Sosyo Ekonomi, Özel Sayı, 2010-EN, s. 48; Meyer, s. 15; Şahin, s. 37.

⁸⁰ Pollitt, s. 15; Şahin, s. 41.

düzenlemelerin gerektiği gibi uygulanarak dikey bütünleşik teşebbüsün piyasa faaliyetleri arasında bağımsızlığın artırılması yoluyla hukuki ayrıştırmanın faydalarının tam olarak ortaya çıkarılabileceği ifade edilmektedir⁸¹.Yönetim, muhasebe ve hukuki ayrıştırmaya göre mülkiyet ayrıştırmasından beklenen avantajlar bakımından belirsizliğinde mevcut olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, hukuki ayrıştırmadan beklenen faydaların yeniden değerlendirilmesi için bir sürecin geçmesi ve sert sektörel düzenlemelerin sonuçları tam anlamıyla ortaya çıkana dek, geri dönülmesi mümkün olmayan mülkiyet ayrıştırmasının uygulanması ertelenmelidir. Zira, mülkiyet ayrıştırması şeklindeki kapsamlı bir ayrıştırma modeli, ancak mevcut modellerin başarısızlığı halinde “son çare” olarak uygulanmalıdır.

SONUÇ

Dağıtım şirketinin, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerden tamamen bağımsız olarak yönetilmesini öngören düzenleme Lisans Yönetmeliği m. 33.5’dir. Anılan düzenleme uyarınca, dikey bütünleşik yapı içerisindeki dağıtım şirketinin, aynı yapı içerisinde bulunan üretim, görevli tedarik şirketi yöneticilerinin farklı kişilerden oluşmasının yanı sıra, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerin bünyesinde elektrik piyasası faaliyetlerini birlikte izlemeyi, koordine etmeyi, yönetmeyi, denetlemeyi sağlayacak şekilde görev alması yasaklanmıştır.

Bu düzenleme sayesinde, ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerin dağıtım şirketi ile etkileşime geçerek, kendi menfaatleri doğrultusunda dağıtım şirketinin kararlarına etki etmesi ve bunun sonucunda da piyasa kapama, dağıtım şirketinin ayrımcı uygulamalar yoluyla dikey bütünleşik yapıdaki üretim veya tedarik şirketine rekabetçi avantaj sağlayan davranışlarda bulunma ihtimali engellenmeye çalışılmıştır. Ancak, dikey bütünleşik yapıdaki diğer piyasa faaliyeti ile uğraşan şirketlerde olduğu gibi dağıtım şirketinin yöneticilerinin de ana şirket tarafından atanması karşısında, Lisans Yönetmeliği m. 33.5 ile yasaklanan ve istenilmeyen sonucun yine de ortaya çıkma ihtimali vardır. Zira, dağıtım şirketi yöneticilerinin, ana şirket veya onun kontrolünde olan şirketlerin çıkarlarına yarayacak, bu sebeple de piyasada istenilen etkin

⁸¹ Mulder/Shestalova/Lijesen, s. 58; Pollitt, s. 15; Ehlers, s.110.

rekabet seviyesine ulaşılmasını engelleyecek nitelikteki ana şirketten gelen talimatlar doğrultusunda karar alabilmesi olağandır.

Bu durumun ortadan kaldırılması, başka bir ifade ile dağıtım şirketinin ana şirket ve onun kontrolünde olan şirketlerden bağımsızlığının sağlanabilmesi için muhasebe ve yönetim ayrıştırması ile desteklenmiş hukuki ayrıştırmaya ilişkin daha ağır bir sektörel düzenleme gerektiği düşünülebilir; ancak, bu durum dahi piyasada gerekli rekabetin sağlanması bakımından istenen etkiye sahip olamayacaktır. Zira, her ne kadar, sektörde denetleme ve düzenleme otoritesine sahip olanın yetkilerinin artırılması ve pozitif düzenlemelerin değiştirilerek daha kapsamlı yapılması, dikey bütünleşik yapı içerisindeki şirketlerin, rekabeti sınırlamak için ellerinde bulunan imkanları azaltsa da, rekabeti engelleme güdülerini azalmayacaktır. Bu nedenle, elektrik piyasasında istenen rekabet düzeyinin sağlanması için ana şirketin, mülkiyetten doğan dağıtım şirketi üzerindeki haklarının ve buna bağlı olarak sisteme yönelik kararları yönlendirme gücünün hukuki ayrıştırma şartlarını bozacak şekilde kısıtlanması, ancak mülkiyet ayrıştırması ile mümkün olabilecektir.

Mülkiyet ayrıştırması, ana şirketin veya onun kontrolünde olan elektrik üretim ve tedarik şirketlerinin, şebeke üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak kontrole sahip olmasını önlemektedir. Bu ayrıştırma türünde dikey bütünleşik yapı içerisindeki diğer şirketlerin, şebeke sistemini işleten şirketlerin karar alma, yönetim kurulunu seçme, yatırım ve diğer finans kararları üzerinde etkili olma imkânı bulunmadığından, mülkiyet ayrıştırması piyasa oyuncularının ayrımcı davranışlarla karşı karşıya kalma ihtimalini kalıcı bir şekilde ortadan kaldırmaktadır. Bunun sonucunda da; elektrik piyasasında istenilen seviyede rekabet sağlanabilecektir. Ancak, dağıtım faaliyeti ile rekabete açık diğer piyasa faaliyetleri arasında getirilecek mülkiyet ayrıştırmasının da birtakım problemlere neden olacağı unutulmamalıdır. Kaldı ki; yönetim, muhasebe ve hukuki ayrıştırmaya göre mülkiyet ayrıştırmasından beklenen faydalar konusunda bir belirsizliğinde mevcut olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, mülkiyet ayrıştırması gibi ağır bir yöntemin uygulanmasına geçilmesinden önce, sektörel düzenlemelerin güçlendirmesi ve yürürlükteki düzenlemelerin olması gerektiği gibi uygulanarak dikey bütünleşik yapı içerisindeki piyasa faaliyetleri arasında bağımsızlığın artırılması ve mülkiyet ayrıştırmasının son çare olarak uygulanması şarttır.

KAYNAKÇA

- Akın, İrfan** (2008) “Enerji Direktiflerinde Ayrışma”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C: 8, S:1, s.11-34.
- Akın, İrfan** (2014) Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku,1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Atiyas, İzak** (2006) Elektrik Sektöründe Serbestleşme ve Düzenleyici Reform, 1. Baskı, İstanbul, Tesev.
- Cameron, Peter** (2002) Competition Energy Market; Law and Regulations in the European Union, 2nd Edition, New York, Oxford University.
- Communication from the Commission**, “Inquiry pursuant to Article 17 of Regulation (EC) No 1/2003 into the European gas and electricity sectors (Final Report)”, COM (2006) 851 final, Brussels 2007, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006SC1724>> s.e.t. 13.04.2020.
- Communication from the Commission**, “Prospects for the internal gas and electricity market”, COM (2006) 841, Brussels 2007, <[https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/comcom\(2006\)0841/comcom\(2006\)0841en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/comcom(2006)0841/comcom(2006)0841en.pdf)> s.e.t. 23.04.2020.
- Çınaroğlu, Serpil** (2003) Rekabet Hukukunda Dikey Birleşmeler: Etkinlik ve Rekabet, 1. Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu.
- Directive 96/92/EC** of the European Parliament and the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0092>> s.e.t. 25.5.2020.
- Directive 2003/54/EC** of the European Parliament and the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0054>> s.e.t. 25.5.2020.

- Directive 2009/72/EC** of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072>>s.e.t. 25.5.2020.
- Ehlers, Eckart** (2010) *Electricity and Gas Supply Network Unbundling in Germany, Great Britain and The Netherlands and the Law of the European Union: A Comparison*, 1st Edition, Portland, Intersentia.
- Eroğlu, Muzaffer** (2010) “Enerji Sektöründe Ayrıştırma Uygulamaları”, *Rekabet Dergisi*, C: 11, S: 1, s. 109-148.
- Göktürk, Kürşat** (2015) *Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları*, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Gürel, Murat** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk” (Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Hariharan, Srikanth** (2011) “European Energy’s Tryst with Competition Law”, *European Competition Law Review*, United Kingdom, C: 32, S: 10, s. 513-520.
- Korkut, Ömer** (2007) “Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği ve İnançlı Üyeye Verilebilecek Talimatların Sınırı”, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 65, S:3, s. 129-137.
- Kroes, Neelie** (2007) “A New European Energy Policy; Reaping the Benefits of Open and Competitive Markets”, *Energy Conference: E-World Energy & Water*, Essen, <http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_theme_13.html> s.e.t. 29.12.2019.
- Meyer, Roland** (2011) “Vertical Economics and the Costs of Separating Electricity Supply-A Review of Theoretical and Empirical Literature”, *Bremen Energy Working Papers*, S: 6.

- Mulder Michael/ Shestalova Victoria/ Lijesen Mark** (2005) “Vertical Separation of Energy -Distribution Industry- An Assessment of Several Options for Unbundling” CPB Document, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, The Hague.
- OECD** (The Organisation for Economic Co-operation and Development) (2001) International Energy Agency/Organisation for Economic Cooperation and Development, Competition in Electricity Markets, Paris.
- Okutan Nilsson, Gül** (2009) Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Pollitt, Michael**, “The arguments for and against ownership unbundling of energy transmission networks”, <<http://eprg.group.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2014/01/eprg0714.pdf>>s.e.t. 25.3.2020.
- Pulaşlı, Hasan** (2007) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hâkim Şirketin Güven Sorumluluğu”, GÜHFD, C:11, S: 1-2, s. 259-278.
- Rekabet Kurumu** (2005) “Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ'nin Özelleştirilmesine İlişkin Rekabet Kurulu Görüşü”, Ankara.
- Rekabet Kurumu** (2011) Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara, Rekabet Kurumu.
- Rekabet Kurumu**, Elektrik Toptan Satış ve Perakende Satış Sektör Raporu, Ankara 2015, <<http://rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSekt%C3%B6r+Raporu%2Felektriksektor.pdf>> s.e.t. 23.3.2020.
- Rees Ray/Scholz Sebastian** (2010) “Electricity Market Design for Germany”, Sosyo Ekonomi, Özel Sayı, 2010-EN, s. 38-62.
- Şahin, Selen** (2012), Enerji Sektöründe Ayrıştırma, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 131, Ankara, Rekabet Kurumu.
- Şener, Oruç Hami** (2017) Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

- Tekinalp, Ünal** (2009) “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Şirketler Topluluğuna İlişkin Düzenlemesinde Kontrol İlkesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C: 2, İstanbul, s.1543-1556.
- Tekinalp, Ünal/Poroy, Reha/Çamoğlu, Ersin** (2013) Ortaklıklar Hukuku II, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Yanlı, Veliye** (1998) “İnançlı Yönetim Kurulu Üyeleri ve Konzernlerdeki Durumu”, Prof Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, s. 655-683.
- Yavuz, Mustafa** (2004) “Elektrik Piyasasında Piyasa Faaliyetleri, Ayrıştırma ve Çapraz Sübvansiyon Yasağı”, Ankara Barosu FMR Dergisi, C. 8, S: 4, s. 38-62.
- Zafirova, Zornica** (2007) “Unbundling the Network: The Case for Ownership Unbundling?”, International Energy and Taxation Review, C: 2, s.29-37.

KARAR İNCELEMESİ

SAKAT PROTESTONUN GEÇERLİLİĞİ SORUNU*

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK** ***

ÖZET

TTK 721/1'de yer alan düzenleme, noter tarafından düzenlenen protestonun bütün ihtimallerde geçerli olduğu ve bu geçerliliğini koruyacağı anlamına yorumlanmamalı, senet borçluya ibraz edilmeden düzenlenen protesto ve buna istinaden yapılan icra takibinin iptali mümkün olmalıdır.

Anahtar kelimeler: Protesto, Noter, Senet.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.956412 - Geliş Tarihi: 23.06.2021 - Kabul Tarihi: 26.06.2021

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, hbozgeyik@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9974-7459.

*** Bu çalışma hakem incelemesinden geçmemiştir.

THE VALIDITY ISSUE OF THE FAULTY PROTEST**ABSTRACT**

TTK 721/1 regulation should not be interpreted as meaning that the document of the protest prepared by the notary public is valid in any case and will maintain its validity. It should be possible to cancel the protest and the enforcement proceedings based on it without presenting the bill to the debtor.

Keywords: Protest, Notary Public, Bill of Exchange.

I. YASAL DÜZENLEME

“Sakat protesto” başlıklı TTK’nın 721’inci maddesi şu şekildedir: (1) *Noter tarafından imza edilen protesto kanuna uygun olarak düzenlenmediği veya içindeki kayıtlar yanlış olduğu takdirde de geçerlidir.* (2) *Noter hakkında disiplin hükümleri saklıdır.*

II. UYUŞMAZLIK

Davacı vekili, müvekkilinin keşide ettiği 02.03.2013 tarihli senedin davalı tarafından protesto edildiğini, müvekkilinin senet bedelini lehtarın hesabına protestonun kendisine tebliğ edilmesinden önce yatırdığını, protestonun müvekkiline 02.04.2013 tarihinde tebliğ edildiğini, davalının senedin ödenebilmesi için göndermesi gereken ihbarnamenin müvekkile ulaşmadığını, müvekkiline tebliğ edilmeyen bir senedin protesto edilemeyeceğini, davalının ya ihbarname göndermediğini veya ihbarnameyi usulüne uygun olarak tebliğ etmediğini, müvekkilinin posta adresinin ... olduğunu, davalı bankanın buraya yakın yerde bir şubesinin bulunduğunu, ancak davalının senet aslını müvekkilinin iş yeriyile ilgili olmayan bir başka şubeye gönderdiğini, müvekkilinin adresi ile ilgisi olmayan bu şubenin protesto düzenleme yetkisinin bulunmadığını, bu nedenle ilgili ödememe protestosunun usulsüzlüğünün ve geçersizliğinin tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı banka vekili ise, senedin müvekkiline tahsil amaçlı verildiğini, müvekkilince öncelikle senet borçlusu olan davacı şirketin adresine 16.02.2013 tarihinde senet ihbarnamesinin gönderildiğini, senedin vade tarihinde ödemediğinden protesto edilmek durumunda kaldığını savunarak davanın reddini istemiştir.

III. İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI

İlk derece mahkemesi tarafından, protestonun bonoda ödememe gibi belirli hallerin noter tarafından tespiti işlemi olduğu, borçlunun ödeme zamanında tedavül eden bononun kimin elinde olduğunu bilmesi mümkün olmayacağından, hamilin vadesinde ödeme yerinde borçluya giderek senedi

ibraz etmesi gerektiği, bu itibarla bononun, tedavül etsin ya da etmesin aranılacak bir borç içerdiği, böylelikle ödeme halinde senedi teslim hazırlık hamilin varlığı ve kimliğinin senet borçlusuna tarafından öğrenilmiş olacağı, bu nedenle bir hukuki fiil teşkil eden ibrazın kim, kime, neyi, nasıl, nerede ve ne zaman ibraz hususlarını kapsar şekilde yapılmasının zorunlu olduğu, ibrazın senedin asıl borçlusuna, bonoda gösterilmesi gereken ödeme yerinde, borçlunun ikametgahında, ödeme günü ya da onu takip eden iki iş günü içerisinde yapılması gerektiği, ancak somut olayda ibrazın borçlunun ikametgahında yapılmadığı, davacının adresinin ticaret sicilde ve yine ayrıca davalı bankanın müşterisi olması sebebiyle davalı nezdinde de açıkça belli olduğu, ibraz keyfiyetinin bu bilgilere bakılmaksızın gerçekleştirildiği, davacı senet borçlusuna şirketin ikametgahı dışında işlem yapıldığı anlaşılacakla protesto işleminin usulsüz olduğu, bu usulsüzlüğün tespitinde davacının hukuki yararı bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

IV. YARGITAY KARARI

Özel Daire, davanın, haksız ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülen ödememe protestosunun geçersizliğinin tespiti ve kaldırılması istemlerine ilişkin olduğu, vade gününde veya onu izleyen iki iş gününde düzenleyene ibraz edilen ve buna rağmen ödenmeyen bonodan ötürü ödememe protestosu çekilebileceği, bono ibraz olunmaksızın ödememe protestosu keşide edilmesi halinde, 6102 sayılı Kanun'un 721. maddesi gözetilerek, protestonun kanuna uygunluğundan söz edilemeyeceği, uygulamada, tahsil cirosu ile bono hamili olan bankalar tarafından, keşideciye vade gününden önce bildirimde bulunulmak suretiyle ibraz zorunluluğu yerine getirilmeye çalışılmakta ise de söz konusu kanun hükümleri göz önüne alındığında ibrazın borçlu keşidecinin ikametgahı ve/veya ticari merkezinde bononun gösterilmesi ve ibraz olduğuna ilişkin imzasının alınması suretiyle yapılması gerektiği, dava konusu olayda davalı banka tarafından gönderilen bildirim davacı keşideciye ulaşmadığı, bononun protesto için tevdi olduğu noter tarafından da protesto çekilmeden önce ödeme için ibrazın yapılmadığı, keşideciye ibrazı gerçekleştirilmeksizin gönderildiği anlaşılan protestonun kanundaki deyişimiyle "sakat" kabul edilmiş olmasında sonuç itibarıyla bir isabetsizlik bulunmadığı,

ancak, 6102 sayılı TTK'nın 721. maddesi hükmü uyarınca, kanuna uygun olmayan veya yanlış kayıtlar ihtiva eden protestoların da “sakat” kabul edilmekle birlikte geçerli oldukları, hal böyle olmakla, bu gibi durumlarda hamilin ve/veya noterin tazmin ve hatta anılan kanun maddesinde de yazılı olduğu üzere noterin disiplin sorumluluğundan söz edilebilirse de protestonun geçersiz kabul edilmesi ve buna bağlı olarak kaldırılmasına karar verilebilmesinin söz konusu olmadığı, bu nedenle mahkemece protestonun geçersiz kabul edilerek kaldırılmasına hükmedilmesinin doğru olmadığı, re'sen gözetilmesi gereken bu durum karşısında, davalının temyiz itirazlarının kabulü ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir¹.

V. İNCELEME

Uygulamada senetler tahsil cirosu ile genellikle bankalara geçmekte, banka tarafından ise, yasal düzenlemeye göre hamil tarafından borçluya ibraz edilmesi gereken (TTK 708) senedin bir örneği, senedin kendi ellerinde olduğunu ifade eden bir ihbar yazısı ekinde gönderilerek borçludan vadede ilgili şubeye giderek ödeme yapması talep edilmektedir.

Olayda, borçlunun, bankanın böyle bir ihbarname göndermediği veya usulüne uygun tebliğ etmediği, hamil bankanın ise söz konusu ihbarnamenin gönderildiğini savunduğu, davalı banka tarafından gönderilen bildirim davacı keşideciye ulaşmadığı yönündeki ilk derece mahkemesinin tespitinin Özel Dairenin de kabulünde olduğu anlaşılmaktadır.

Noterlik uygulamasında, senetlerin hamil tarafından protesto düzenlenmesi talebiyle notere sunulmakta, noterin ise protestoyu hamilin beyanına dayalı olarak² düzenleyerek borçluya tebliğ ettiği görülmektedir. Noter tarafından senedin borçluya ödeme talebiyle ibraz edilmesi veya kendisine protesto düzenlenmesi talebiyle getirilen senedi ödememe durumunu teyit etme amaçlı borçluya sunma gibi bir uygulama ise söz konusu değildir.

¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04.03.2015, 2014/15698, 2015/2917.

² **Aydınalp, Sezai** (1980) Protestonun Geçerliliği, Batider C.X S.3, s.688-690.

Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi kararını, bu kararda yer alan hamil tarafından düzenlenen protestonun "sakat protesto" niteliği taşıdığı yönündeki tespit açısından onadığı, ancak bunun sonucuna ilişkin yaklaşım bakımından tasvip etmediği görülmektedir. Özel Daire, söz konusu protestonun TTK 721'de ifade edildiği üzere sakat olmakla birlikte yine de geçerli olduğu, protestonun geçersiz kabul edilmesi ve buna bağlı olarak kaldırılmasına karar verilebilmesinin söz konusu olmadığı, mahkemece protestonun geçersiz kabul edilerek kaldırılmasına hükmedilmesi de doğru değildir.

VI. DEĞERLENDİRME

Sakat protestonun geçerliliği önemli sonuçları olan bir hukuki problemdir. Zira, alacaklı olan hamil, senedi borçluya ibraz edip kendisini tanıttırmadan, borçluya değil notere gitmek suretiyle protesto düzenlenmesi talebinde bulunmaktadır.

Senedin borçluya vade veya takip eden eden günlerde ödeme talebiyle ibraz edilmemesi onu borçtan kurtamamaktadır. Böyle bir durumda senet borcundan kurtulmak isteyen keşidecinin yapması gereken, gideri ve riski hamile ait olmak üzere senet bedelini bir bankaya tevdi etmektir (TTK 712).

Uygulamada hamil, noterden talep ettiği protesto belgesini alarak kombiyo senetlerine mahsus takibe girişmektedir. Karara konu olayda geçideci borçlunun, kendisine ibraz edilmediği, kendisinin ödeme yapacağı alacaklıyı tanımadığı, bu nedenle ödeme yapamadığını, dolayısıyla protesto içeriğinde yer alan tespitlerin gerçeği yansıtmadığı gerekçesiyle protesto belgesinin, dolayısıyla bu belgenin dayandığı takibin iptalini dava ettiği görülmektedir. Aşağıda bu konu protestonun geçerliliğini etkileyen unsurlar bakımından ele alınacaktır.

Bir hukuki işlemde bahsedebilmek için; her şeyden önce bir irade açıklaması ve bu irade açıklamasının yöneldiği bir hukuki sonucun bulunması gerekir. Bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için işlemi yapanın hukuki işlem ehliyetine sahip olması, işlemin emredici hükümlere ve kişilik haklarına aykırı olmaması ve hukuka, ahlaka aykırı bir sonuca yönelmemesi, imkânsız bir edim içermemesi veya muvazaalı olmaması gerekir. İrade beyanının hata, hile ve

tehdit ile sakatlandığı durumlarda hukuki işlem için iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusu olmaktadır.

Protesto, konusu olan senet borçlusu (keşideci/düzenleyen) ve alacaklısının (hamil) hukuki durumunu etkileyen önemli bir hukuki işlemidir. TTK'nın 714 vd. maddelerinde protestonun şekli ve esasına dair çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar arasında; protesto belgesini kimin düzenleyeceği, düzenleme talebini kimin yapacağı, belgenin kime karşı hukuki sonuç doğurmak üzere tanzim edileceği ve hangi hususları içereceği yer almaktadır.

Protesto, hamilin konuya ilişkin beyanlarını esas alarak noter tarafından düzenlenen bir belgedir. İncelediğimiz kararda işaret edildiğinin aksine, senet borçluya noter tarafından protesto çekilmeden önce ödeme için ibraz edilmemektedir. Noterin görev ve yükümlülüğü protestoyu TTK 715-720'ye uygun olarak düzenlemektir. Protesto belgesinde yer alacak kayıtlar, örneğin senedin borçluya ödeme talebiyle ibraz edilip edilmediği ve bunun sonuçsuz kaldığına dair ifade, noter tarafından hamilin bu konuya ilişkin beyanına istinaden protesto belgesine geçirilir³.

“Sakat protesto” başlıklı TTK 721'inci maddesinde, protesto belgesinin içeriğinde yer alan hususların, protesto işleminin geçerliliği ve protestodan beklenen sonuçlara etkisinin dikkate alınmadığı söylenebilir. Bu nedenle bazı yazarlar, kanunen ihtiva etmesi gereken unsurları taşımayan, sadece düzenleyen noterin sadece imzasını taşıyan⁴, hâmilin adı yahut ona işaret eden “son ciro edilen için düzenlenmiştir” gibi bir ifadeyi içeren⁵, senet kabul veya ödeme için hiç ibraz edilmeden düzenlenen⁶ veya poliçe ve protesto belgelerinin

³ Bu konudaki tartışmalar ve geniş değerlendirme için bkz. **Bozgeyik, Hayri** (2003) Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara, Seçkin, s.91 vd.

⁴ **Domanıç, Hayri** (1990) Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu C.IV, İstanbul, s.293; **Öztañ, Fırat** (1997) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Turhan, s.736; **Karayalçın Yaşar** (1970) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, s.206; **Kınacıoğlu, Naci** (1999) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Nobel, s.191.

⁵ RG JW 1910 s.950 (**Stranz, Martin** (1952) Wechselgesetz, 14. Aufl., Berlin, 80/6 s.395); **Kınacıoğlu**, s.192.

⁶ **Karayalçın**, s.207.

sahibi tek ciranta olduğu hallerde protesto eden kimse hiç gösterilmeyen⁷ protestoların da geçerli olabileceğine işaret etmektedir.

TTK'nın 721'inci maddesinin, yoruma elverişli gözükmeyen ifadesi nedeniyle uygulamada, gerçeği yansıtmasa bile, protestoda yer alan *“kendisine protesto çekilen kişinin policeden doğan taahhüdünü yerine getirmeye davet edildiği hâlde taahhüdünü ifa etmediği”* (f.1-b), *“kendisinin bulunamadığı veya ticaret yeri ya da konutunun belirlenmediği”* ve *“sözü geçen davetin yapıldığı veya davet teşebbüsünün sonuçsuz kaldığı yer ve güne ait bir şerh”* (f.1-c) gibi kayıtlara itibar edilerek protesto belgesinin geçersizlikten korunduğu görülmektedir.

Kıymetli evrak hukuku, bütün meselelerinde şekle özel bir önem atfedilen bir hukuk dalıdır. Zorunlu unsurlarından birisinin eksik olması bir kambiyo senedini geçersiz hale getirebilmektedir (TTK 671-672). Protestonun geçerliliği kural olarak kanunun aradığı unsurları taşımasına bağlı olmalıdır. TTK 721 olmasa, hukukun genel ilkeleri uyarınca, bazı unsurların eksikliğinin protestoyu geçersiz hale getireceği sonucuna varmak mümkündür. Bunlar, protestonun amaç ve niteliğini teşkil eden esaslı nitelikteki unsurlar olacaktır. Bu unsurlara, protestonun tarafları (TTK 716/1-a) veya protestonun düzenlenme nedeni (TTK 716/1-b) örnek olarak gösterilebilir.

Bu noktada, kanun koyucunun hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin genel ve yerleşik kuralları protesto konusunda hamil lehine neden değiştirdiğinin sorgulanması gerekir. Kanaatimizce bu tercihin makul herhangi bir nedeni bulunmamaktadır. Zira bütün iki taraflı hukuki işlemler gibi burada da hem alacaklı, hem de borçlu tarafın, bunun da ötesinde hukuk düzeninin korunmaya muhtaç çıkarları söz konusudur. Hamil için vadede senet bedelini tahsil edebilmek çok önemli olduğu gibi, borçlu için de ödemeyi kendisini ibraz yoluyla tanıtan doğru kişiye yapması, keza ticari hayat için de bunun bir düzen içinde yürümesi önemlidir. Senedi kendisine ibraz etmeyen ve bu suretle kendisini tanıtmayan hamil tarafından düzenlenen protestonun borçlu ve

⁷ BGH 5 371 (Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang (2000) Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22.Aufl., München, 80/3 400).

senetten dolayı sorumlu olan sair kimseler (TTK 713) bakımından telafisi çok zor veya imkansız hale gelebilen sonuçları söz konusudur.

Sakat ve netice itibariyle haksız olan protesto nedeniyle borçlu çeşitli açılardan zarara uğrayabilmektedir. Borçlu, TTK 721 içeriğinde yer alan beyanlarının gerçeği yansıtmadığı hallerde hamilden (genellikle banka) zararlarını tazminini talep edebilir (Örneğin, Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği, 9-10)⁸.

Protestonun geçerli olabilmesi için, içerdiği hususları açık olarak ifade etmesi gerektiğinden, asıl amaç ve niteliğini yansıtan unsurları taşımayan protestonun başka araçlarla tamamlanması ve müracaat hakkının buna istinaden kullanılması mümkün değildir. Protestonun işlevi, belli bir zaman ve yerde, belli bir senedin ibrazına rağmen, kabul veya ödemededen kaçınılmış olması keyfiyetinin belgelenmesidir. Bu amaçla protestonun, belli bir poliçeye ilişkin ibrazın; zamanında, ödeme yerinde, yetkili hâmil veya onun yetki verdiği kişi tarafından poliçe talebi ile ve ödeme yükümlüsüne yapıldığı ve bu talebin reddedildiği hususlarını açıkça içermesi gerekir.

Bir protesto belgesinden, bunun kime karşı, kim tarafından ve hangi senet için düzenlendiği, hamilin senedi borçluya ödeme talebiyle ibraz edip etmediği ve senedin nerede ibraz edildiğinin anlaşılmadığı hallerde bunu geçersiz saymak ve böyle bir senede dayanarak açılan takibi iptal etmek gerekir. Bazı geçersizlik hallerinde belgenin başka hukuki anlamlar taşıması, örneğin, temerrüt halini ispat eden bir delil niteliğinde kabul edilmesi mümkündür⁹.

TTK 721'i hukuki işlemin geçerliliğine ilişkin kuralların bütünüyle bir tarafa bırakıldığı bir hüküm olarak kabul etmek önemli bir çelişkiyi de beraberinde getirmektedir. Zira TTK 716'da sayılan bütün kayıtlar hukuki işleme etkisi bakımından aynı nitelikte değildir. "Esaslı" nitelik taşıyan bazı kayıtların bulunmaması, belgenin şeklen dahi olsa protesto olarak nitelenmesine engel oluşturabilir. Örneğin protesto, kambiyo senedi niteliği taşımayan bir belge için, senetle ilgisi olmayan bir kimseye karşı veya ibraz

⁸ **Bozer Ali/Göle Celal** (2018) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Seçkin, s.156.

⁹ BGHZ 5 372 (**Bülöw, Peter** (2000) Heidelberg Kommentar zum WechselS ScheckG und AGB, 3.A., Heidelberg, 79/7 344).

yükümü yerine getirilmeksizin düzenlenmiş olabilir. Bu ve benzeri durumlarda veya gerçeğe aykırı bilgiler ihtiva eden protestoyu TTK 721'e aykırı olması nedeniyle **geçersiz** saymak gerekir. Esaslı nitelik taşımayan unsurların eksikliği veya yanlışlığı halinde ise protestonun geçerliliğini korumak mümkündür.

Doktrinde, sakat protestoya ilişkin düzenlemenin istisnai nitelikteki durumlar için öngörülen bir hüküm olduğu, sadece şekli sakatlıkları düzenlediği; protesto düzenleme yetkisi ve protestonun içeriğine ilişkin maddi şartların yokluğunda, örneğin ibrazın yapılmadığı, belirli sürelerle riayet edilmediği veya protestonun gerekli kimseye karşı çekilmediği hallerde söz konusu hükmün bu eksiklikleri telafi edemeyeceği ve protestonun buna dayanarak hükümsüzlükten kurtulamayacağı savunulmaktadır¹⁰.

OR 1041'de de TTK 721 paralelinde bir hüküm yer almaktadır. Başlığı *Mangelhafter Protest* olan bu hükmün Fransızca metninde yer alan başlığı *Şekil Noksanlarıdır (Vices de forme)*. Bu konuya ilişkin Art. 85 WG hükmü de, protesto belgesindeki şekil noksanların düzeltilmesine ilişkindir (*Berichtigung durch Protestbeamten*). TTK 721, protestonun kanuna veya usulüne uygun olarak tanzim edilmemesi halinde de geçerli olacağını ifade etmekte, ama hükümden bu geçerliliğin mahiyeti, örneğin süresi veya kapsamı tam olarak anlaşılmamaktadır. Kanaatimizce, söz konusu düzenlemenin, protestonun bu halde hükümsüzlükle malûl olmayacağı, böyle bir protestonun işlemin yenilenmesine gerek kalmaksızın süreye bağlı olarak geçerlilik ve etki kazanabileceği şeklinde anlaşılması mümkündür. Bu bakımdan, söz konusu hükümlerin düzenleme amacının, Alman kanununda olduğu gibi, protesto belgesindeki eksikliklerin düzeltilmesi olduğu kabul edilmelidir. Zira TTK 721 ve OR 1041 hükümleri içermemekle birlikte, belgedeki eksik ve yanlışlıkların belli zaman içerisinde düzeltilebileceğinin öngörülmesi, protesto belgesinin geçerli sayılacağı anlamına da gelir. Bu nedenle, Alman doktrininde,

¹⁰ **Gerber, Hans Eugen** (1944) *Der Protest im schweizerischen Wechsel -und Checkrecht*, Langenthal, s.98; **Bauer, Thomas** (1994) *Kommentar zum Schweizerische Privatrecht*, Bd. II, Obligationenrecht, Basel-Frankfurt, 1041/2 s.2055; **Karayalçın**, s.207; **Kara, Mustafa Sencer** (2016) "Haksız Protesto", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S.2, 171-207, s.178.

protestonun, belgedeki hangi unsurun bulunmaması halinde geçersiz olacağı veya geçersizlik sebepleri içeren bir belgenin müracaat haklarını nasıl koruyacağı tereddütleri yaşanmamaktadır¹¹.

İsviçre doktrininde protestonun, içeriğinin gerçeği yansıtmaması veya mevzuata (TTK 716-719'a karşılık gelen OR 1036-1039) uygun düzenlenmemesi halinde geçersiz olacağını savunan bir görüşe göre, yetkisiz bir kimse tarafından hazırlandığı veya düzenleyen kimsenin imzasının bulunmadığı takdirde protesto geçersiz olacaktır¹².

Bazı kararlarda protesto konusunda ibrazın yapıp yapılmadığının araştırılması gereğine işaret edilirken¹³ incelediğimiz Yargıtay kararında protesto içeriğinin, protesto ile beklenen sonuçlara etkisi üzerinde durulmadığı, ilk derece mahkemesi kararının TTK 721 hükmünden hareketle bozulduğu görülmektedir.

TTK 721'de noter için disiplin sorumluluğu öngörülmüş olması veya borçlu için sakat protestonun düzenlenmesine sebep olan hamile karşı haksız protestoya dayalı tazminat talebi yapılmasının mümkün olması, sakat olsa da geçerli kabul edilen ve bütün sonuçlarını doğuran protestonun özellikle borçlu açısından yol açacağı sorunları bertaraf etmeye yeterli değildir. Kaldı ki, sakat olmasına rağmen hükümlerini tam ve geçerli olarak doğuran bir protestodan dolayı noter için disiplin sorumluluğu öngörülmesinin nedeni de izaha muhtaçtır. Doktrinde **Karayalçın**, sakat olduğu halde geçerli kabul edilen protesto nedeniyle noterin hukuki sorumluluğunun olmayacağına işaret etmektedir¹⁴. Noter hakkındaki disiplin sorumluluğunun; senedin açık bir şekilde kambiyo senedi vasfını taşımadığı gibi sınırlı hallerde ortaya çıkması mümkündür.

Protesto ve dolayısıyla buna dayanarak yapılan takibin geçerliliğini etkileyecek boyutta bir sakatlığın bulunduğu halde bunları geçerli saymak, hamili, ölçüsüz bir şekilde borçluya tercih etmek anlamına gelmektedir. Böyle

¹¹ **Bozgeyik**, 208-209 vd.

¹² **Bauer**, 1041/3 s.2056

¹³ Yargıtay 11. HD. 30.04.1975, 736/3069 (**Doğanay İsmail** (1976) "Kambiyo Senetleri Dolayısıyla Noterler Tarafından Çekilen Protestonun Mahiyeti" TNBHD, S.9, s.24-25).

¹⁴ **Karayalçın**, s.207.

bir geçersizlik sebebine rağmen, protesto belgesi ve takibi iptal etmeyip, kendisine karşı protesto çekilmiş olan borçluyu, haksız protesto nedeniyle uğradığı zararları tazmin için notere veya ondan protestoyu düzenlenmesini talep eden ve genellikle banka olan hamile karşı hukuki yollara yönlendirmek yeterli ve makul bir hukuki koruma temin etmekten çoğu zaman uzak olacaktır. Zira borçlu, sakat protestonun kendisi ve özellikle kredi düzeni ile ilgili olumsuz sonuçlarına kısa zamanda engel olamamakta, bu şekilde girdiği süreç bazı hallerde borçlu için telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabilmektedir. Zira borçlu, hem protestonun haksızlığı, hem de bundan dolayı uğradığı zararları ispata yöneltmiş olmaktadır.

Öte yandan, sakat protestonun **geçersiz** sayılmasının kanun ve uygulama açısından ne gibi sorunlar ortaya çıkarabileceğinin belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce bu konuda ciddi herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Eksik olan unsurun niteliğine göre protesto işleminin geçersizliği sonucuna varılması mümkündür. Özellikle, protestopya dair işlemlerin yapılmadığı, protesto içeriğinin gerçeği yansıtmadığının bir mahkeme kararıyla kesin olarak tespit edildiği bir halde sakat olan protestoya korumaya devam etmek doğru bir yaklaşım olmasa gerektir. Böyle olunca hamil, çeşitli yasal yükümlülükleri yerine getirmediği için bazı müracaat borçlularına başvuru hakkını kaybetmiş veya giriştiği takip iptal olacaktır (TTK 732). TTK 721’de yer alan düzenleme ile, geçersiz olan bir işleme her halükarda geçerli bir işlem muamelesi yapılmasını gerektirecek makul herhangi bir neden bulunmamaktadır.

Kararlarda çok değinilmemekle birlikte, ticaret hukuku kapsamındaki uyumsuzluklarda değinilen “basiretli iş adamı”, “ticari hayatın gereği” veya “ticari işlemlerin hız ihtiyacı” gibi soyut gerekçeler de bu konuda makul dayanaklar değildir. Yaşanan ticari hayat ve reel piyasa şartlarında hamilin muhataba ibraz etmeden, onunla irtibat kurup ödeme durumunu teyit etmeden protesto çekme oranı oldukça zayıf, hatta yok denecek kadar istisna bir durumdur. Sakat ve dolayısıyla haksız protestoya ilişkin tartışmaların daha ziyade hamili bankalar olan senetler bakımından söz konusu olduğu, sakat protestonun geçerliliğine dair düzenlemenin ise son tahlilde aslında ve sadece bankaları koruduğu söylenebilir.

SONUÇ

Karara konu olayda, protestonun, senet borçluya hiç ibraz edilmeden düzenlendiği, davacının adresi ticaret sicilde yer aldığı, ayrıca, müşterisi olması itibariyle davalı hamil banka nezdinde de açıkça belli olduğu halde senet ona ibraz edilmeksizin yapılan protesto işleminin usulsüz olduğu, bu usulsüzlüğün tespitinde ve bu protestoya dayanarak yapılan takibin iptalinde davacının hukuki yararının bulunduğu, bunun tartışılmayacak kadar açık olduğu anlaşılmaktadır. Özel Daire tarafından ilk derece mahkemesinin konuya ilişkin tespitleri yerinde görülmeyle birlikte, protestonun geçersizliğini gerektiren sebepler tartışılmadan, ilk derece mahkemesi kararının bozulduğu görülmektedir. Kanaatimce, TTK 721, noter tarafından düzenlenen protestonun bütün ihtimallerde geçerli olduğu ve bu geçerliliğini koruyacağı anlamına yorumlanmamalı, somut olayda olduğu gibi, senet borçluya ibraz edilmeden düzenlenen protesto ve buna istinaden yapılan icra takibinin iptali mümkün olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aydınalp, Sezai** (1980) Protestonun Geçerliliği, Batider C.X S.3.
- Bauer, Thomas** (1994) Kommentar zum Schweizerische Privatrecht, Bd. II, Obligationenrecht, Basel-Frankfurt.
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang** (2000) Wechselgesetz und Scheckgesetz, 22.Aufl., München.
- Bozer, Ali/Göle, Celal** (2018) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Seçkin.
- Bozgeyik, Hayri** (2003) Poliçede Müracaat Hakkı, Ankara, Seçkin.
- Bülow, Peter** (2000) Heidelberger Kommentar zum WechselG ScheckG und AGB, 3.A., Heidelberg.
- Doğanay, İsmail** (1976) “Kambiyo Senetleri Dolayısıyla Noterler Tarafından Çekilen Protestonun Mahiyeti” TNBHD, S.9, s.20-29.
- Domaniç, Hayri** (1990) Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu C.IV, İstanbul.
- Gerber, Hans Eugen** (1944) Der Protest im schweizerischen Wechsel -und Checkckrecht, Langenthal.
- Kara, Mustafa Sencer** (2016) “Haksız Protesto”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S.2, s.171-207.
- Karayalçın, Yaşar** (1970) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Kınacıoğlu, Naci** (1999) Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara.
- Stranz, Martin** (1952) Wechselgesetz, 14. Aufl., Berlin.
- Öztan, Fırat** (1997) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, Turhan.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayımlayabilir.
3. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlığı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gerekçesi ile birlikte yazarına bildirilir.
7. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye gönderilen çalışmalar, kural olarak sonraki sayı için gönderilmiş kabul edilir. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye ulaşan çalışmaların, hakem incelemelerinin yetişmesi kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti

ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilecektir.

9. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
10. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
11. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
12. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
13. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
14. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
15. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişki değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
16. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

A. KALIN ve TÛMÛ BÛYÛK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resmî web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (YIL), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır (Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atıf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atıf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4.Baskı, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey,
<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series,
<http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C: (^Cilt), S: (^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora),
Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınc, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir”
(Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

Dava Adı, Mercı, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No: , <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal published semiannually.
2. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a 'Special Issue'.
3. The manuscripts can be written in Turkish, English, German, or French.
4. Submitted studies for the Review are understood to be the final versions. Therefore, the authors guarantee that they have reviewed manuscripts before submitting them to the Review, approve them to be published as they have submitted, and accept the rules of citation of the Review. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors by 'Dergipark'. Unqualified manuscripts do not send back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors' name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the necessary alterations based on the referees' reports. Following these alterations, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the study to a third referee.
6. The Editorial Board remains the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publishment in the first issue and in which issue to publish the manuscripts that have completed their assessment process and ready to be published, in accordance with the varieties of the topics and branches. This decision and the reason are sent to the author.
7. The manuscripts sent to the Review after the submission deadline, are considered for the next issue. However, if the refereed review is completed on time, with the Editorial Board's approval, these studies may be published on the current number. The Editorial Board will take the number of the manuscripts, the branches, and the topics of the present issue into consideration.
8. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12.000 words. The studies should consist of an abstract between 150-250 words

and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the necessary alterations will be made by the Language Editors. The alterations will be reported to the authors.

9. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
10. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors'-and if necessary other copyright owners'-consent is sent to the Review simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
11. The Review requires the submission of manuscripts by 'Dergipark'. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails in a different document.
12. The acceptance for publishment of a submitted manuscript will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be sent to the authors by 'Dergipark'.
13. The submitted manuscripts' authors accept to alienate the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara Yıldırım Beyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
14. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
15. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
16. If the refereed reviews are not completed on time unless otherwise directly and additionally stated by the authors, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
17. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, p.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> l.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article`s Name", Journal`s Name, I: (^Issue) V: (^Volume), The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları" Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal`s Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> l.a.d. 28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author's Surname, Name (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname, Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği": Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author's Surname, Name (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example:

Kılınc, Ahmet (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yapıtırım Türü Olarak Teşhir" (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:, ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

YBHD
YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ
ETİK İLKELER

Giriş ve Tanımlar

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD), Yükseköğretim Kurulu (Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi), Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics - COPE), Açık Erişim Dergileri Dizini (Directory of Open Access Journals - DOAJ), Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA) ve Dünya Tıbbi Editörler Topluluğu (World Association of Medical Editors - WAME) tarafından yayınlanan ulusal ve uluslararası etik yayıncılık ilkelerini benimsemiştir. Bu ilkelere ek olarak tarafımızca uygulanan Akademik Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkelerine (Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing) <https://oaspa.org/information-resources/principles-of-transparency-and-best-practice-in-scholarly-publishing/> adresinden erişim sağlanabilmektedir.

Eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir. Eserin bir kişiye "yazar" (*author*) sıfatıyla isnat edilebilmesi için o kişinin özgün fikrini, araştırmasını ve çalışmasını yansıtmaya gerekmektedir. Eserin bir kişiye "çevirmen" (*translator*) sıfatıyla isnat edilebilmesi için söz konusu metnin o kişinin özgün üslubunda çevrilmiş olması, metne dair özgün çalışmaları ve çevirinin özgün metin sahibinin aktarmak istediği fikirlerle bütünlük sağlaması gerekmektedir.

Editör, COPE ilkelerinde belirtildiği üzere dergide yayınlanacak eserleri seçen, denetleyen, düzenleyen; dergi içeriğinin geliştirilmesini sağlayan; dergide yayınlanan eserler ile ifade özgürlüğünü destekleyen; dergide akademik bütünlüğü sağlayan; gerektiğinde düzeltme, açıklama, tezkip ve özürleri yayınlamaktan çekinmeyecek şekilde etik ilkelerine bağlı kalan kişi(ler)dir. Bu doğrultuda editör yardımcıları, editörlerin atadığı görevleri yerine getirerek denetim ve düzenleme sürecine katkıda bulunan kişilerdir.

Gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayım), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir. Yükseköğretim Kurulu Bilimsel

Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 8. madde hükmünün 1. fıkrasında, belirtilen etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gereksiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

Araştırma Etiği

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk, yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi), eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,

- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğin amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Editörler tarafından denetlenmesi gereken ve yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 8/II madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,
- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hükümlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yükümlülüğüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği ölçüde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve yükseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak,

- Akademik teamüllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiyi mevcut, yahut indekslerde taranmayan bir dergiyi taranıyor gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiyi hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan çalışmalar yayına kabul edilmez.

Çalışmalar, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesinin teknik imkanları ölçüsünde benzerlik taramasından geçirilmektedir.

YBLR
YILDIRIM BEYAZIT LAW REVIEW
ETHICAL GUIDELINES

Introduction and Definitions

Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR) adopts national and universal ethical principles issued by Turkish Council of Higher Education (under the Scientific Research and Publication Ethics Directive), Committee on Publication Ethics - COPE, Directory of Open Access Journals -DOAJ, Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA and World Association of Medical Editors - WAME. Additionally, the Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing, which are being implemented in our publications can be accessed through this link: <https://oaspa.org/information-resources/principles-of-transparency-and-best-practice-in-scholarly-publishing/>

Author, is the person originating the work. in order to ascribe a work to an "author", the work has to reflect that person's authentic opinion, research and study. To ascribe a work to a "translator", the work has to be translated in that person's authentic style, has to include genuine studies on the text and has to provide integrity with the assertions stated by the author of the authentic text.

Editor, as stated under the COPE principles, is (are) the person(s) who select, control, edit the articles to be published in the review; provide the enhancement of the review's content; promotes freedom of speech via the articles published in the review; sustain academic integrity within the review; bound with ethical principles in a way that they will not hesitate to publish a correction, annotation, refutation and allegation when needed. Accordingly, co-editors are persons who perform the tasks assigned by the editors, by contributing to control and editing processes.

Articles and translations submitted shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors. Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 8 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles' authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

Research Ethics

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility. At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,
- All private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,

- All private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that shall be controlled by the editors and will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 8:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship,
- Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,
- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,

- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.

Any article or translation that do not comply with the acknowledged ethical standards shall not be published.

All studies are scanned for similarities within the bounds of technical capacities of Ankara Yıldırım Beyazıt University.

