



**T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
"Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel"

**Hukuk Fakültesi Dergisi**

Yıl: 2021 / Sayı: 2



# T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ

“Düşüncede Özgür, Eğitimde Çağdaş, Bilimde Evrensel”

## Hukuk Fakültesi Dergisi

**Sahibi / Owner** \_\_\_\_\_

Maltepe Üniversitesi Adına Rektör  
Prof. Dr. Şahin KARASAR

**Editör / Editor** \_\_\_\_\_

Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN  
Dr. Öğr. Üyesi Mete TEVETOĞLU

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Director** \_\_\_\_\_

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN

**Kapak ve Sayfa Tasarımı / Cover and Layout Design** \_\_\_\_\_

Emre KIZMAZ

**Yazışma Adresi / Editorial Office** \_\_\_\_\_

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Marmara Eğitim Köyü 34857  
Başbüyük Maltepe / İSTANBUL  
Tel: 0216 626 10 50 / 2304  
Faks: 0216 626 11 29  
E-posta: hukukdergi@maltepe.edu.tr

**Yayıncı / Publisher** \_\_\_\_\_

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13  
Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30  
Faks: 0312 435 24 72

**ISSN** 1303-5630

**e-ISSN** 2687-2633

**Basım Tarihi ve Yeri / Date and Place of Publishing** \_\_\_\_\_

Mart 2022

Vadi Grafik Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)  
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1  
Yenimahalle / ANKARA  
Tel: 0312 395 85 71

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan ve yayımlandığı tarihten (2002) itibaren hakemli dergidir.

## Yayın Kurulu / Board of Editors

---

Prof. Dr. H. Dilek YILMAZCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Melike Ezgi YETİMOĞLU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Damla TİMUR, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Betül ULUSOY BİRİNCİ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Duygu TAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Arş. Gör. Batuhan DEMİRTAŞ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Danışma Kurulu / Advisory Board

---

Prof. Dr. Mehmet AKAD, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cemal Bali AKAL, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ziya AKINCI, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yusuf AKSAR, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Vehbi Selim ATAERĞİN, Birleşik Krallık  
Prof. Dr. Rona AYBAY, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İlias BANTEKAS, Hamad Bin Khalifa University College of Law, Katar  
Prof. Dr. Nur CENTEL, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Osman DOĞRU, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Cem EROĞUL, Ankara/Türkiye  
Prof. Dr. Malcolm D. EVANS, University of Bristol Law School, Birleşik Krallık  
Prof. Dr. Öner EYRENCİ, Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayferi GÖZE, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Alper GÜMÜŞ, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Pelin GÜVEN, Koçeli/Türkiye  
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Serap HELVACI, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Osman Korkut KANADOĞLU, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Rayegan KENDER, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Merih Kemal OMAÇ, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sibel ÖZEL, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Danışma Kurulu / Advisory Board

- Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Nihal SABAN, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM, İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Pervin SOMER, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP, Ankara/Türkiye  
Prof. Dr. Şükran ŞİPKA, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Devrim ULUCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Oktay UYGUN, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Samim ÜNAN, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yener ÜNVER, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Gül ÜSTÜN, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Emine YAZICIOĞLU, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Feridun YENİSEY, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Turan YILDIRIM, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Kamil YILDIRIM, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Lerzan YILMAZ, İstanbul/Türkiye  
Prof. Dr. Dilek YILMAZCAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEDAROĞLU, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hamide ZAFER, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK, Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ali Hulki CİHAN, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. İsa DÖNER, Kocaeli/Türkiye  
Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Sevtap METİN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Yıldray SAK, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Tolga ŞİRİN, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ahmet YAYLA, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Canan YILMAZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Pınar ÇAĞLAYAN AKSOY, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Sabah ALTAY, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Aysun ALTUNKAŞ, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen ATAÇ, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gülşah Sinem AYDIN, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Rana İZCİ CONNELLY, Birleşik Krallık  
Dr. Öğr. Üyesi A. Bumin DOĞRUSÖZ, Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Melda KÖSE, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Derginin Amacı**

---

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli ve bilimsel bir dergidir. Derginin amacı, hukukun çeşitli alanlarına ilişkin özgün ve nitelikli akademik çalışmaların uluslararası yayıncılık ilkeleri ışığında yayımlanmasıyla gerek ulusal gerekse uluslararası literatüre katkı sağlamak, hukuk bilimine hizmet etmektir.

## **Derginin Kapsamı**

---

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, amacına uygun olarak bilimsel nitelikteki çalışmaları yayımlamaktadır. Bu bağlamda hukukun çeşitli alanlarına ilişkin olarak akademisyenler, hukuk uygulayıcıları ve araştırmacılar tarafından kaleme alınan bilimsel makaleler, karar incelemeleri, çeviriler vb. yayınlar hakem denetiminden geçirilerek Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmaktadır.

**MALTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI**  
**YAYIN POLİTİKASI**

1. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002 yılından itibaren yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergidir.
2. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM, DergiPark ve Jurix tarafından taranmaktadır.
3. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yerli ve yabancı araştırmacıların hukuk alanına ilişkin özgün araştırma makalelerini kabul etmektedir. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Makalede kullanılan tüm kaynakların yazım kılavuzuna uygun olması ve etik ilkeler doğrultusunda belirtilmesi gerekmektedir.
4. Dergi'nin yazı dili Türkçedir. Bununla birlikte yabancı dilde yazılan makalelere de yer verilmektedir. Dergi'ye gönderilen yazı hangi dilde yazılmış olursa olsun, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, en az 150, en çok 200 kelimededen oluşan Türkçe ve İngilizce özetinin ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
5. Yayımlanmak üzere Dergi'ye gönderilen çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ve çalışma sahibinin izni ile birlikte gönderilmesi gerekir.
6. Çalışmalar, çalışmanın bir nüshasının ve eser sahibi tarafından imzalanmış Telif Hakkı Formunun birer çıktısı ve CD'ye kaydedilmiş versiyonlarıyla Yayın Kurulu'na iletilmeli veya [hukukdergi@maltepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@maltepe.edu.tr) adresine veya Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin DergiPark sayfasına elektronik ileti şeklinde gönderilmelidir. Çalışma sahibine ait iletişim bilgileri (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, telefon numarası, ORCID ID) çalışmanın son sayfasına eklenmelidir. Makaleye katkı sağlamayan kişilerin adları, makalede yazar olarak yer almamalı ve yayımlanmak üzere başvuru bir makalenin yazar sırasında değişiklik yapma, yazar ekleme/çıkarma işlemleri talep edilmemelidir.
7. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzelterip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye gönderilen çalışmaların son kontrollerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle çalışmasını basıma verdiği kabul edilir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk incelemesi yapılan çalışmalar, değerlendirilmek üzere, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden yazarın unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme gönderilir. Yazılar farklı kurumlardan olmak üzere en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Makaleler, kör hakemlik sistemine tabi olarak değerlendirilir. Hakemlerin incelemelerini ivedilikle yerine getirmeleri değerlendirmeleri için Hakem Değerlendirme Formunu gerekçeli bir biçimde doldurmaları gerekir. Değerlendirme formunda kör hakemlik dolayısıyla hakemlerin kimlik bilgileri yer almamalıdır. Hakemler yazıların yayımlanması, yayımlanmasının uygun olmadığı veya düzeltilerek yayımlanması yönünde görüş bildirebilirler. Hakemin “gözden geçirilmesi gerekmektedir” şeklinde değerlendirdiği çalışmaların Dergide yayımlanabilmesi için, yazarın hakem raporunda belirtilen değişiklikleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi Yayın Kurulu'na vermesi gerekmektedir. Bu halde, düzeltilmiş çalışmalar tekrar hakem denetiminden geçirilecektir. Her iki hakemin

de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde, ilgili yazı üçüncü bir hakeme gönderilebilir ve üçüncü hakem raporuna göre işlem yapılabilir. Hakemlerden birinin olumsuz görüş bildirmesi halinde editör görüşüne göre de hareket edilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

9. Yazım yanışlarının olağanın dışında bulunması veya bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir yazının yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu bir şekilde sonuçlanmış olması yazara yayım hakkı vermez.
10. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne gönderilen çalışmaların yayımlanması uygun görüldüğü takdirde tüm yayım hakları Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne aittir. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır. Yayımlanan çalışmalardan alıntı yapılması halinde kaynak gösterilmesi zorunludur. Çalışmanın tamamının kullanılması Derginin iznine bağlıdır.
11. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulu'nun çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
12. Dergide yayımlanan çalışmalar karşılığında yazarlara herhangi bir ücret ödenmez.
13. Dergiye yazı gönderenler Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Politikasını ve İlkelerini kabul etmiş sayılırlar.
14. Dergiye gönderilen çalışmaların Derginin belirlediği yazım kurallarına uygun olması gerekir.
15. Dergiye gönderilen çalışmalarda kaynakçaya yer verilmesi zorunlu olup, kaynakça Dergi Yazım Kurallarına uygun olarak düzenlenmelidir.

## **ETİK İLKELER**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, etik ilkeler ve kurallar konusunda ‘Yayın Etiği Komitesi’nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

### **Yazarlar**

1. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’ne gönderilen çalışmaların hukuk alanına ilişkin özgün araştırmalar olmaları gerekmektedir.
2. Yazarların, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’ne gönderdikleri çalışmaların başka yerde yayımlanmaması ya da yayımlanmak üzere aynı zamanda başka bir dergiye gönderilmemesi gerekmektedir.
3. Makalede kullanılan kaynakların yazım kılavuzuna uygun olması ve etik ilkeler doğrultusunda belirtilmesi gerekmektedir.
4. Makaleye katkı sağlamayan kişilerin adları, makalede yazar olarak yer almamalı ve yayımlanmak üzere başvuru bir makalenin yazar sırasında değişiklik yapma, yazar ekleme/çıkartma işlemleri talep edilmemelidir.
5. Yayınlanma aşamasında olan makale ile ilgili herhangi bir yanlışın fark edilmesi halinde, yazarlar, editörü bilgilendirmek ve işbirliği yapmakla yükümlüdür.
6. Makalelerde yararlanılan tüm kaynakların doğru bir şekilde belirtilmesi gerekir.

### **Editörler**

1. Editörler, hakemler bakımından kör hakemlik prensibini uygular, hakemlerin bilgilerini gizli tutar ve hakem seçiminde hakemlerin uzmanlık alanlarına göre dağılım benimser.
2. Editörler, yayınlanan makaleler bakımından fikri mülkiyet haklarını korur. İlgili yayının başka yayınların fikri mülkiyet haklarını ihlal etmemesi hususunda gereken önlemleri alır ve özgünlük denetimi yapar.
3. Editörler, yazarlar arasında ayırım gözetmeksizin objektif ve adil bir değerlendirme yaparak, derginin amaç ve kapsamıyla sınırlı bir şekilde karar alır ve bilimsel yaklaşım bakımından sorunlu olduğunu tespit ettikleri makaleleri hakem değerlendirmesine göndermeksizin reddedebilir. Editörlerce kapsamlı bir hakem ağı kullanarak makalelerin objektif bir şekilde değerlendirilmesini sağlar.

### **Hakemler**

1. Hakemler yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin makalelere hakemlik yapabilir. Aksi halde değerlendirmeyi reddetmeleri gerekir.
2. Hakemler herhangi bir çıkar çatışması halinde, değerlendirmeye gönderilen makaleyi incelemeyi kabul etmemelidir.
3. Hakemlerin değerlendirmeleri için gerekçeli olarak doldurdukları Hakem Değerlendirme Formunda, kör hakemlik dolayısıyla kimlik bilgilerinin yer almaması gerekmektedir.
4. Hakemler değerlendirme konusunda kendilerine verilen sürelerle uymalıdır.



## YAZIM KURALLARI

1. Yazı, word formatında, 1.5 satır aralığında, ana bölümlerinde 12 punto; dipnot, öz gibi bölümlerinde ise 10 punto harf büyüklüğünde ve Times (New Roman) karakterinde yazılmalıdır.
2. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. İzleyen başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir: Birinci derece başlıklar 12 punto BÜYÜK HARF ile yazılmalı ve roma rakamı sırası ile (I, II, III, ...) numaralandırılmalıdır. İkinci derece alt başlıklarda her kelimenin ilk harfi büyük, diğerleri küçük harflerle 12 punto olarak yazılmalı ve alfabetik sıra içinde BÜYÜK HARF ile (A., B., C., ...) numaralandırılmalıdır. Üçüncü ve dördüncü derece alt bölüm başlıklarında birinci kelimenin ilk harfi büyük, diğer tüm kelimeler küçük harflerle yine 12 punto olarak yazılmalıdır. Üçüncü alt bölüm başlıkları sayma sayıları ile ( 1., 2., 3., ...), dördüncü alt bölüm başlıkları ise alfabetik sıra içinde küçük harf kullanılarak (a., b., c., ...) numaralandırılmalıdır. Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalıdır.

### **Yollamalar, Dipnot ve Kaynakça**

1. Yazar dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez.
2. Dipnotlar, çalışma içerisinde sayfa altında, usulüne uygun bir şekilde gösterilmelidir. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların metin içindeki yollamalarda yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır.

#### **a) Tek yazarlı kitap:**

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 15.

#### **b) Çeviri kitap:**

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

#### **c) İki yazarlı kitap:**

Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler; Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 124.

#### **d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:**

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 100.

#### **e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:**

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 48.

#### **f) Kurum Yayını:**

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, s. 58.

**g) Makale:**

**\* Dergide yer alan makale:**

Cem Akbıyık, 'Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi', T.C Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2012/1,Yıl: 2012, İstanbul, s. 214.

**\* Armağanda yer alan makale:**

Necip Kocayusufpaşaoğlu, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?', Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, İstanbul, 2000, s. 510.

**h) İnternet kaynağı:**

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf (erişim tarihi 22.11.2011), s. 6.

**ı) Derleme:**

Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", Yusuf Aksar (der.), *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, s. 123.

**i) Aynı kaynağa tekrar dipnot vermek için:**

Yazarın Soyadı/Kurum Adı, (Aynı yazara ait birden fazla ise) Eser adı, sayfa numarası.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, s. 45.

TÜSİAD, s. 56.

3. Kullanılan kaynaklar "Kaynakça" başlığı altında gösterilerek, aşağıdaki örneğe uygun şekilde düzenlenmeli ve alfabetik olarak sıralanmalıdır.

**KAYAR**, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

**MALTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**  
**ETHICAL PRINCIPALS AND PUBLICATION POLICY**  
**PUBLICATION POLICY**

1. Maltepe University Faculty of Law Review is a peer-reviewed and semi annually published journal since 2002.
2. Maltepe University Faculty of Law Review is recognized as a national journal in the National Law Database of TÜBİTAK – ULAKBİM, DergiPark and Jurix.
3. Maltepe University Faculty of Law Review accepts native and foreign researchers' articles that are unique and under the field of law. All scientific studies sent to the Review should not have been previously published or sent to be published elsewhere. All references of the article should be mentioned in accordance with ethical principles and should be in compliance with the Review's writing rules.
4. The Review publishes articles written in Turkish or in foreign languages. In any language articles should contain Turkish and English titles, an abstract of 150-200 words and 5 keywords, both in Turkish and English.
5. Translations should be sent together with the original text and the permission of the author.
6. Articles and copyright forms should be submitted to the Editorial Board either by printed copy together with a copy saved on a CD or via e-mail to [hukukdergi@maltepe.edu.tr](mailto:hukukdergi@maltepe.edu.tr) or the Review's DergiPark web-page. The author should indicate contact information (name, title, institution, address, e-mail address, telephone number, ORCID ID) on the last page of the article. The persons who do not have a contribution to the articles should not be indicated as authors. Additionally, alteration of the order of authors' names or addition/removal of authors should be demanded after application for publishing.
7. Author takes responsibility in submitting the article after having corrected all typing and grammatical errors. Editorial Board accepts the submitted article as a final text to be published. Editorial Board reserves the right to decline articles that have excessive typing and grammatical errors or that are incompatible with the academic writing criteria.
8. After being subject to a preliminary examination by the Editorial Board, articles are sent to a referee of higher title for evaluation. Articles are reviewed by two referees from different institutions. Articles are subjected to blind review. Referees are expected to finalise their reviews without delay and submit their reviews by filling up the Referee Evaluation Report. Due to the blind review principle, credentials of referees should not be indicated in the Evaluation Report. Referees may give reviews in the direction being eligible to publish, not being eligible to publish or eligible to publish after readjustment. In order to be published, articles that are evaluated as "should be revised" should be revised in accordance with the suggestions proposed in the Evaluation Report. Revised articles are sent to the referee for a re-evaluation. Articles which received negative reviews from both referees get rejected for publication. In case of having one evaluation as "not being eligible to publish" and one another as "eligible to publish"; a third review from a different referee may be received and the Editorial Board may act in accordance with the third review. In case of having one review as "not eligible to publish", the Review can act under the decision of the Editor.

9. It is enough for the Editorial Board to reject an article in the existence of excessive amounts of incompliance with writing rules and grammatical and typing errors. The Editorial Board also reserves the right to reject publication of an article for other reasons. Conclusion of evaluation process of referees in an affirmative manner does not give the author the right to publish his/her article.
10. Maltepe University Faculty of Law Review holds all publication rights of the articles that are approved by the Editorial Board. Author's consent to the on-line publishing of their articles. Any other publications using some parts of articles published in the Review as quotations should refer to the Review. Full text of the articles cannot be used without a permission from the Review.
11. The responsibility of the published articles belongs to the authors. All opinions in the articles cannot be attributed to the Maltepe University Faculty of Law Review.
12. Authors are not entitled to any payment for the published articles.
13. Having submitted their articles, authors accept the publication principles of the Review.
14. All articles should comply with the Writing Rules/References and Footnotes of the Review.
15. All articles should contain a bibliography which complies with the Writing Rules/References and Footnotes.

## **ETHICAL PRINCIPLES**

Maltepe University Faculty of Law Review is based on the directive of the “Publication Ethics Committee” (Committee on Publication Ethics – COPE (<https://publicationethics.org/>)) on ethical principles and rules.

### **Authors**

1. Articles that are submitted to the Maltepe University Faculty of Law Review should be unique and under the field of law.
2. Authors are expected that all scientific studies sent to the Review should not have been previously published or sent to be published elsewhere.
3. Bibliography of articles should be in compliance with the Writing Rules and should be indicated in accordance with the ethical principles.
4. The persons who do not have a contribution to the articles should not be indicated as authors. Additionally, alteration of the order of authors’ names or addition/removal of authors should be demanded after application for publishing.
5. In case of noticing an error in the article at the publication procedure, authors are expected to inform the Editor and collaborate with the Board.
6. All references to the article should be indicated in compliance with publication rules.

### **Editors**

1. Editors apply the blind review principle, keep credentials of referees confidential and choose referees in accordance with their fields of expertise.
2. Editors protect intellectual property rights of published articles. They inspect the uniqueness of articles and ensure that the regarding articles does not infringe other publications’ right to intellectual property.
3. Editors decide upon matters within the limits of the purpose and scope of the Review without discrimination upon authors with objective and just evaluations. Editors have the right to reject an article if they detect problematic elements regarding the scientificness of it without referee evaluation. By using a comprehensive web of referees, Editors maintain objective evaluation of articles.

### **Referees**

1. Referees may only evaluate articles which are under their field of study. Otherwise, they are expected to decline evaluation.
2. In case of any conflict of interests, referees should not accept an article which is sent for their review.
3. Due to the blind review principle, Referees should not indicate their credentials in the Referee Evaluation Report.
4. Referees are expected to comply with the time frame given to them by the Editorial Board.

## WRITING RULES

1. Text should be written in Word format, Times New Roman character with 1,5 line spacing and 12 point size in the main section, in other sections (footnotes, abstract etc.) it should be written in 10 point size.
2. Introduction and conclusion of the Text should not be given a title number. The headings should comply with the numbering system as follows: All titles should be written in 12 point size. First titles should be written in all UPPERCASE letters and should be numbered in Roman numerals (I., II., III., ...). In the second, third and fourth degree subtitles, the first letter of each word should be in UPPERCASE letters, others should be written in lowercase letters. Second degree subtitles should be numbered in alphabetical order with UPPERCASE letters (A., B., C., ...). The third sub-section headings should be numbered with counting numbers (1., 2., 3., ...) and the fourth sub-section headings with lowercase letters in alphabetical order (a., b., c., ...). All titles should be written in bold characters.

### **References, Footnotes and Bibliography**

1. All references should be shown in footnotes.
2. In order to maintain a textual integrity within the Review, authors should apply the below-mentioned citation methods.

#### **a) Books with single author:**

Aydın Aybay, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Bölüm)*, 13th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 15.

#### **b) Translated books:**

Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Trans. E. Kuşdil), 2th Edition, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, p. 25.

#### **c) Books with two authors:**

Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 1*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Extended 9th Edition, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, p. 124.

#### **d) Books with three or more authors:**

Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11th Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, p. 100.

#### **e) Master or Doctorate Thesis:**

Elif Seda Gürkan, *Yabancıların Türkiye'de Çalışma Hakları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, p. 48.

#### **f) Other Publications:**

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul, 1998, p. 58.

**g) Articles:**

**\* Journal Articles:**

Cem Akbıyık, 'Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirmesi', T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 2012/1, 2012, İstanbul, p. 214.

**\* Articles in Memoriams:**

Necip Kocayusufoğlu, 'İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?', Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2000, p. 510.

**h) Electronic Resources:**

Mehmet Tezcan, *Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004, [acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf](http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf) (access date 22.11.2011), p. 6.

**i) Edited Work:**

Yusuf Çalışkan, "Dispute Settlement in International Investment Law", Yusuf Aksar (ed.) *Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms*, Martinus Nijhoff, Lieden, Boston, Holland/USA, 2011, p. 123.

**j) To make a second reference to the same resource:**

Author's Surname/Name of the institution, (If cited more than one) Name of the work, page number.

Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, p. 141.

Giddens, Modernliğin Sonuçları, p. 45.

TÜSİAD, p. 56.

3. Resources used in the article should be listed in alphabetical order under the title "Bibliography" and should be as follows:

**KAYAR**, İsmail, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.





# içindekiler / Content

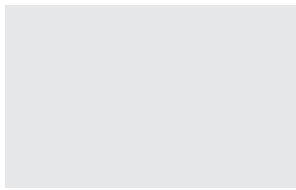
## >> Kamu Hukuku / Public Law

- 117 **Bireysel Başvuru Üzerine Verilen İhlal Kararı Sonrası Somut Norm Denetimi**  
Concrete Judicial Review After the Decision of Violation on Individual Application  
Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ
- 177 **Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm**  
Identity Issue of Our Legal System (I): Natural Law-Legal Positivism  
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER
- 229 **Haksız Rekabet mi, İnterfobi mi?: Spor Tahkim Mahkemesi'nin Caster Semenya Kararına İlişkin Bir İnceleme**  
Is it Unfair Competition or Interfobia? An Evaluation of Caster Semenya Decision of the Court of Arbitration for Sport  
Arş. Gör. Serhat ÖZKAN

## >> Özel Hukuk / Private Law

- 261 **Türk Hukukunda Aile Hekimliği Sistemi ve Aile Hekiminin İşveren Sıfatına İlişkin Bir İnceleme**  
The Family Physician System in Turkish Law and a Review of the Employer Capacity of Family Physicians  
Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR
- 297 **Akreditif Hukukunda Temel İlişkiye Esas Geçersizlik ve Akde Aykırılık Durumlarının Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İrdelenmesi**  
Examination of the Basic Relational Invalidity and Contractual Contradictions in the Letter of Credit Law within the Framework of the Turkish Code of Obligations  
Dr. Hande ATMACA ÜLKÜ
- 309 **Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak İş Kanununa Tabi İşçilerin Kıdeme Esas Hizmet Sürelerinin Hesaplanması**  
Calculation of Seniority Period for Employees Subject to Labor Code Comparatively with Turkish Code of Obligations  
Arş. Gör. Yasemin MARAŞLI DİNÇ
- 339 **Girişim Şirketlerinin Sermaye İhtiyaçlarını Karşılama İçin Kullandıkları Fon Mekanizmaları**  
Funding Mechanisms for Startup Companies to Meet Their Capital Needs  
Av. Seren Deniz YANIK





**Kamu Hukuku**

Public Law



# Bireysel Başvuru Üzerine Verilen İhlal Kararı Sonrası Somut Norm Denetimi

## Concrete Judicial Review After the Decision of Violation on Individual Application

Prof. Dr. İbrahim ŞAHBAZ<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Bu çalışmada, sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuruda bulunulması ve İkinci Bölüm tarafından ihlal kararı verilmesi üzerine, dava mahkemesince yeniden yargılama sırasında somut norm denetiminde bulunulması isteminin AYM Genel Kurulu tarafından, dava mahkemesinin anayasaya aykırılık konusunda yetkili olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi ele alınmaktadır. Yasa koyucu kimi suçlar bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilemeyeceğini açıkça belirtmiş olmakla beraber, yargı kararlarıyla da kimi suçlar bakımından HAGB'ye karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu suçların hangileri olduğu sadece bireysel başvuru üzerine değerlendirilmiş olup, vatandaş ve yargı organları bakımından bu husus açık, anlaşılabilir, ulaşılabilir şekilde düzenlenmediği için, hukuki sorunlara sebebiyet verebilecektir. Diğer yandan, AYM, HAGB kararları üzerine ihlal kararı vermekle beraber, Yargıtay Ceza Genel Kurulu İçtihadında (CGK), aleyhe yasa yolu işletilmemesi halinde HAGB kararının sanık bakımından kazanılmış hak olduğuna karar vermektedir. Uygulamada, çok sayıda davanın bu şekilde karara bağlandığı düşünüldüğünde, konu üzerinde böyle bir çalışma yapılmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Ayrıca AYM ihlal kararı verirken, temel hakların korunması bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarını da gözetmektedir. İşte HAGB kararının gerekçesinde AİHM kararında ortaya konan ilkeler de gözetildiğinden, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231'inci maddesindeki düzenlemenin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği üzerinde de durulması gerekmiştir. Oysa, CMK'nın 231'inci maddesindeki düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına ilişkin AYM'nin soyut ve somut norm denetiminde ortaya koyduğu içtihatları ile, bireysel başvuru üzerine verilen ve CMK'nın 231'inci maddesinin somut olayda uygulanmaması gerektiğine ilişkin içtihatları karşısında, konuyla ilgili olarak hukuki güven konusu tartışmaya açık hale gelmiştir. Çalışmada, bu hususların birlikte dikkate alınması ve değerlendirilmesi, hatta konuyla ilgili yasa değişikliğine gidilmesi gerektiğine vurgu amaçlanmıştır.

<sup>(\*)</sup> Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: [ibrahimsahbaz@maltepe.edu.tr](mailto:ibrahimsahbaz@maltepe.edu.tr).

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3409-3781>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 04.10.2021.

Makale Kabul Tarihi: 17.03.2022.

**Anahtar Kelimeler:**

Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Bireysel Başvuru, Somut Norm Denetimi, Davaya Uygulanacak Hüküm, Davaya Bakan Mahkeme.

**Abstract:**

In this study, upon the individual application before the Constitutional Court against the decision to delaying the pronouncement of the judgment of the accused and the decision of violation by the Second Chamber of the Constitutional Court; the issue of rejection on the grounds that the trial court was not authorized on the matter of unconstitutionality by the Constitutional Court General Assembly of the request by the trial court to carry out a concrete judicial review during the retrial is analyzed. Although the legislator has clearly stated that it cannot be decided to delaying the pronouncement of the judgment for some crimes and it is also stated with judicial decisions that it cannot be decided to delaying the pronouncement of the judgment in terms of some crimes. However, since these crimes were evaluated only on individual application and this issue is not regulated in a clear, understandable and accessible way for citizens and judicial bodies, it may cause legal problems. On the other hand, even though the Turkish Constitutional Court found violation on the decisions to delaying the pronouncement of the judgment, in the case-law of the General Assembly of Criminal Chambers of the Court of Cassation it is stated that if there is not an against legal remedy the decision to delaying the pronouncement of the judgment is an acquired right for the accused. Considering that many cases were decided in this way in practice, it was thought that it would be appropriate to conduct such a study on the subject. In addition the Constitutional Court also observes the decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) in terms of protection of fundamental rights while deciding on violations. Since the principles set forth in the case-law of ECtHR were taken into account in the reasoning of the decision to delaying the pronouncement of the judgment, it should also be emphasized that the regulation in Article 231 of the Turkish Criminal Procedure Code should be revised. However, due to the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the fact that the regulation in Article 231 of the Criminal Procedure Code is not unconstitutional and the jurisprudence given upon individual application that Article 231 of the Criminal Procedure Code should not be applied in the concrete case; the security of law has become open to discussion on this subject. In the study, it is aimed to emphasize that these issues should be considered and evaluated together, and even the need to change the law on the subject.

**Keywords:**

Delaying the Pronouncement of the Judgment, Individual Application, Concrete Judicial Review, The Provision which is Applicable to the Case, Trial Court.

## GİRİŞ

Makaleye konu olayda; kolluk görevlisinin müdahalesiyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle adli ceza yargılaması sonunda dava mahkemesi tarafından verilen HAGB kararına karşı, yasa yollarının tüketilmesi ve kesinleşmesi üzerine bireysel başvuru isteminde bulunulduğu, AYM İkinci Bölümünün bireysel başvuru istemini yerinde bularak ihlal kararı verdiği;<sup>1</sup> ancak ihlal kararı üzerine dava mahkemesi, yargılama devam ederken davaya uygulanacak yasa maddesinin birden çok fıkrasının (5271, m.231/5-14) anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle konuyu somut norm denetimi için AYM Genel Kurulu'na taşımıştır.

AYM Genel Kurulu çoğunluğu somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bu davada; bireysel başvuru üzerine AYM'nin İkinci Bölümü tarafından verilen ihlal kararı ve ihlal kararı doğrultusunda dava mahkemesinin vereceği yeni kararda, 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmasının mümkün olmaması nedeniyle, “*kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine*” karar vermiştir.<sup>2</sup>

AYM Genel Kurulu kararında, bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararı doğrultusunda gereğinin yapılmasının zorunlu olduğuna ve dolayısıyla sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin 5-14'üncü fıkralarının uygulanamayacağına işaret ederek, yeniden yargılama yapacak olan dava mahkemesinin davada uygulanamayacak yasa hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla konuyu AYM'nin önüne taşıyamayacağı gerekçesine dayanmaktadır.

Dört başlık altında yapılan bu çalışmada; birinci başlık altında somut norm denetimi; ikinci başlıkta AYM İkinci Bölümü'nün kararı; üçüncü başlıkta AYM Genel Kurulu'nun kararı; dördüncü başlıkta da AYM kararlarının değerlendirilmesi yapılacaktır.

## I. SOMUT NORM (DEFÎ, İTİRAZ YOLU İLE) DENETİMİNİN KOŞULLARI

Bir normun (Yasa veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin) Anayasaya aykırılığının tespiti için Anayasa Mahkemesine dava açılması gerekir. Bu dava hukukumuzda iki şekilde açılabilir. Biri, “doğrudan doğruya iptal davası”dır<sup>3</sup> (Ana-

<sup>1</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018. AYM bir başka başvuruda ise, “cinsel saldırı ve taciz” suçunun işlendiği iddiasıyla Cumhuriyet başsavcılığına yapılan şikâyet üzerine başlatılan soruşturma sonucu kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının, yani Anayasa'nın 17/1'inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2016/3122, KT: 28.5.2019).

<sup>2</sup> AYM, Genel Kurul, 2020/102, 2021/1, 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

<sup>3</sup> Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2016, s. 89.

yasa, m.150). Buna soyut norm davası da denir. Bu dava için görülmekte olan bir dava olması şartı yoktur. Bu davanın açılabilmesi belli bir süreye tabi olup, ayrıca anayasada belirtilen kimselerce açılabilir.

İkincisi, “dolayısıyla iptal davası” olup, bu dava yapılmakta olan bir mahkemede uygulanacak bir normun iptal edilmesi için açılır (Anayasa, m.152). Buna somut norm davası denir. Bu dava da iki biçimde açılabilir. Biri davanın taraflarınca normun anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi ve mahkemenin de bu iddiayı ciddi bulması; ikincisi de, mahkemenin kendiliğinden (re’sen) davada uygulanacak normun anayasaya aykırılığı gerekçesiyle, muhakemeyi durdurup, “bekletici sorun” yaparak, dosyayı Anayasa Mahkemesine göndermesidir.

Somut norm denetimi, “bir mahkemede görülmekte olan bir dâvanın karara bağlanmasının o dâvada uygulanacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmadığına bağlı olması halinde yapılacak denetimdir”.<sup>4</sup> Somut norm denetimi, normun şekliyle değil, esasıyla ilgilidir.

Somut norm denetiminde normun anayasaya aykırılığı iddiasının AYM’nin önüne götürülebilmesi, davaya bakan mahkemenin takdirine (iddiayı ciddi bulmasına) bağlıdır. Mahkemenin iddiayı ciddi bulmaması halinde, bu ret kararı esasla ilgili karar/hükümle beraber yasa yolu incelemesinde değerlendirilir. Ancak yasa yolu incelemesinde (başvuru yoluna göre itiraz mercii, istinaf ve temyizde) değerlendirilir (CMK, m.272/2; m.287/1).<sup>5,6</sup>

Davaya bakan mahkemenin önünde iki sorun bulunmaktadır. Biri, dava konusu uyuşmazlığın çözülmesidir ve buna asıl sorun denmektedir; diğeri ise, davada uygulanacak hukuk normunun anayasaya aykırı olup olmadığıdır ve buna da tali sorun denmektedir.<sup>7</sup> Somut norm denetiminin kabul edildiği bir sistemde, dava mahkemesi açısından normun anayasaya uygun olup olmadığının belirlenmesinde (tali sorunun çözümlenmesinde) dava mahkemesi açısından iki sorun bulunmaktadır: Bekletici sorun veya ön sorun.

<sup>4</sup> Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, 1. Baskı, AÜSBF Yay., Ankara, 1966, s. 35; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2020, s. 398; Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2019, s. 526; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Yay., Bursa, 2020, s. 444; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 24. Baskı, Beta Basım Yay., İstanbul, 2020, s. 245; Osman Korkut Kanadoğlu / Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2020, s. 451 vd.; O. Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 166 vd.

<sup>5</sup> “Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir” (CMK, m.272/2).

<sup>6</sup> “Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir” (CMK, m.287/1).

<sup>7</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 526.



**Bekletici sorun**, davaya bakan mahkemenin, davanın esasının incelenmesi sırasında ortaya çıkan, ancak mahkemenin görevi dışında kalan ve esas davanın çözümlenmesine etkisi olan uyuşmazlıktır. Böyle bir sorunla karşılaşan mahkeme o konuda kendisi karar vermez, davayı durdurarak, anayasaya aykırılık sorununu bekletici sorun olarak davaya bakan mahkeme dışında kalan yetkili bir organ veya Anayasa Mahkemesine gönderir.<sup>8</sup>

Bir davanın esasını çözmeye yetkili mahkemenin, anayasaya aykırılık tali sorununu çözmeye kendisi yetkili ise, buna da ön sorun denir.<sup>9</sup> 1961 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin bekletici sorunu altı ay içerisinde karara bağlayamaması halinde dava mahkemesinin bunu “ön sorun” olarak kendisinin çözüme yetkisi vardı (1961 Anayasası, m.151/4).<sup>10</sup> 1982 Anayasası'nda dava mahkemelerinin ön sorun yolu ile anayasaya aykırılığı çözebilmesi kabul edilmemiştir.<sup>11</sup> 1982 Anayasası'ndaki düzenlemeye göre, “*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmemezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır*” (1982 Anayasası, m.152/3).

Somut norm denetimi yolu ilke kez Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) 1803 yılında Marbury/Madison dâvasında içtihat yolu ile açılmıştır. 1787 Anayasasında yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi düzenlenmemiştir. Bu kararda, Anayasanın yasalardan üstün bir hukuk kuralı olması nedeniyle, yargıcın davayı, anayasa ile yasa arasında farklılık (çatışma) olması halinde yasaya değil, anayasaya göre sonuçlandırması kabul edilmiştir.<sup>12</sup>

Somut norm denetimi, yasanın yürürlüğe girmesinden sonra ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın,<sup>13</sup> bakılmakta olan davada verilen kararın kesin hüküm halini almasına kadar mümkündür. Ancak, bir hükmün kesinleşmesinden sonra, mevcut hukuk düzeni içerisinde “yargılamanın yenilenmesi” (5271, m.311 vd.) veya “yeniden yargılama” (6216, m.50/2) durumlarında da bakılmakta olan dava söz konusu olduğu için, bu hallerde de somut norm denetimi yapılabilir.

<sup>8</sup> Teziç, s. 246; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 527.

<sup>9</sup> Teziç, s. 248; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 527.

<sup>10</sup> 1961 Anayasası'nın 151/4'üncü maddesindeki düzenlemeye göre; “*Bu süre içinde karar verilmemezse, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümliyerek davayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır*”. Görüldüğü gibi 1961 Anayasası'nda da ön sorunun çözümlenmesinde dava mahkemesinin yetkisi sınırlıydı. Çünkü, dava mahkemesinin kararı kesinleşmeden önce AYM kararı gelirse, “ön sorun çözme” sistemi değil, “bekletici sorun” sistemi kabul edilmiş olmaktadır.

<sup>11</sup> Şeref İba / Abbas Kılıç, *Anayasa Yargısı Derleri*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 90.

<sup>12</sup> Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, AÜSBF Yayını, Ankara, 1951, s. 164-170; Teziç, s. 245-246.

<sup>13</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 526.

Diğer yandan, AYM'ye bireysel başvuru yolu, somut norm denetimi yolundan çok daha geniştir.<sup>14</sup>

Anayasaya uygunluk denetimi yetkisi sadece AYM'ye ait olmakla beraber, “Anayasayı yorumlamaya ve ölçü norm olarak kullanmaya yalnızca AYM'nin yetkili olmadığı, bu yetkiye genel olarak tüm mahkemelerin sahip” olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>15,16</sup> Ancak, somut norm denetiminde, diğer mahkemelerin yasaya “riayet” etmemesine engel olunması için son sözün AYM'ne söylenmesi amaçlanmıştır.<sup>17,18</sup>

Diğer yandan, AYM'ye göre somut norm denetiminin amacı, bir hukuk kuralında Anayasaya aykırılık varsa, o kuralın iptal edilmesi yoluyla “*Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin egemen kılınmasıdır*”.<sup>19,20</sup> Bir normun anayasaya aykırılığını, “*yargıcın uygulamak zorunda olduğu yasa ortaya çıkarır*”.<sup>21</sup> Çünkü normun davada uygulanması sırasında anayasaya aykırılığı daha belirgin hale gelmektedir.

Somut norm denetimi, yasa yolu incelemesini yapan mahkemeler dahil, davaya bakan her mahkeme tarafından işletilebilir. Dolayısıyla olağanüstü yasa yolu incelemesinde de mahkemenin buna yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, yargılamanın yenilenmesi davasında verilecek karar ile (CMK, m.311 vd.) olağan yargılama sonunda verilen karar arasında yasa yolu incelemesinde büyük farklılık bulunmamaktadır.<sup>22</sup>

<sup>14</sup> Teziç, s. 247.

<sup>15</sup> Kanadoğlu, s. 167.

<sup>16</sup> Fransa'da somut norm denetimi yolu ile görülmekte olan davada uygulanacak yasayla temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği iddiasının ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay veya Danıştay'ın filtresinden geçerek Anayasa Konseyi'ne iletilmesinde, anayasaya uygunluk denetiminin Anayasa Konseyi yanında diğer mahkemelerde de yapıldığı konusunda bkz. Mete Özgür Falcioğlu, ‘*Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi*’, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, Cilt: 1, Aralık 2015, s. 65-88.

<sup>17</sup> Kanadoğlu, s. 168; Kanadoğlu/Duygun, s. 452.

<sup>18</sup> Ancak, aşağıda davaya bakacak mahkeme başlığı altında açıklandığı üzere, AYM bir davaya bakıyorsa, konuyla ilgili değerlendirmeyi doğal olarak kendisi yapmaktadır.

<sup>19</sup> AYM, E. 1981/10, K. 1983/16, KT: 8.12.1983.

<sup>20</sup> AYM, fiili durumun, “günün koşullarına uygun bir düzeye getirilmemiş bulunmasını Anayasaya aykırılık nedeni saymaya olanak yoktur” gerekçesiyle iptal kararı vermezken (AYM, E. 1980/2, K. 1980/57, KT: 18.11.1980); Federal Alman AYM, henüz Anayasaya aykırı olmamakla beraber, gelecekte Anayasaya aykırılığın giderilmesi için yasama organına direktif verebildiğine işaret etmektedir. Bkz. Erdoğan Teziç, ‘*Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi*’, Anayasa Yargısı 3, Anayasa Mahkemesi Yay., 1986, s. 26; <https://anayasa.gov.tr/media/4842/tezic.pdf> (Erişim Tarihi: 01.8.2021).

<sup>21</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, 2000, s. 68.

<sup>22</sup> CGK yargılamanın yenilenmesinin istenmesi üzerine verilen kararın temyizden incelenmesi konusunda aşağıdaki kararı vermiştir: “*Hükümlü müdafinin yargılamanın yenilenmesi*

## A. Bakılmakta Olan Dava

Somut norm denetiminin yapılabilmesinin temel koşulu, bu yola sadece bakılmakta olan davada başvurulabilmesidir.<sup>23</sup> Bakılmakta olan davadan söz edilmesi için mahkemeye usulünce açılmış bir davanın bulunması ve hükme bağlanmamış olması gerekir.

Bakılmakta olan davadan söz edilebilmesi için ceza davaları bakımından kovuşturmanın başlamış olması gerekir. Eğer iddianame iade edilmişse açılmış davadan söz edilemez (CMK, m.174/1). İddianamenin mahkeme yargıcı tarafından havale edilmesinden itibaren on beş gün içerisinde kabulüne karar verilmişse dava, iddianamenin açıkça kabul tarihinde;<sup>24</sup> on beş günde karar verilmemişse iddianamenin zımnî kabul edilmesi söz konusu olacağı için, bu kez de davanın zımnî kabul tarihinde açıldığı kabul edilecektir (CMK, m.174/3).

Bakılmakta olan davadan söz edilebilmesi için davanın henüz karara bağlanmamış olması gerekir. Dava mahkemesi hüküm vermiş ve bu hükme karşı yasa yoluna başvurma mümkünse, yasa yolu incelemesinde de somut norm denetimi mümkündür. Buna karşın, bakılmakta olan davada hüküm verilmiş ve kesinleşmiş ise, somut norm denetimi yoluna başvurulamaz.

Ancak, kesinleşmiş bir hükme karşı, örneğin ceza davasında yargılamanın yenilenmesi davası açılmış olursa, bu kez yine somut norm davası açılabilir. Zira, yargılamanın yenilenmesi de bir davadır. Kesin hükümden sonra başvurulmuş yargılamanın yenilenmesinde teknik anlamda bir dava vardır.

AYM'ye göre, açılmış davadan söz edebilmek için, mahkemenin o davaya bakmaya görevli olması da gerekir.<sup>25</sup>

*talebi üzerine yerel mahkemece, 5271 sayılı CMK'nun 311 vd. maddeleri uyarınca gerekli inceleme yapıldıktan sonra, ileri sürülen olay veya delilin yukarıda açıklandığı üzere "yeni" olmaması nedeniyle aynı kanunun 319/1. maddesi gereğince yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule şayan görülmeyle reddedilmesine karar verilmesi gerekirken, bu inceleme yapılmadan dilekçeye ekli sonradan hatalı ölçümleme sonucu düzenlendiği anlaşılan bilirkişi raporuna itibar edilerek yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer görülüp duruşmalı olarak yargılamanın yenilenmesi muhakemesine geçilmesi hatalı bir uygulama ise de; yerel mahkemece yürütülen yargılamanın yenilenmesi muhakemesinde talebe dayanak gösterilen raporun "yeni delil" niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılarak, talebin reddine ve önceki hükmün onanmasına karar verilmesi sonucu itibarıyla isabetlidir"* (CGK, E. 2012/3-909, K. 2014/121, KT: 11.03.2014).

<sup>23</sup> Özbudun, s. 399.

<sup>24</sup> CMK'nın 174/1'inci maddesinde belirtilen on beş günlük süre içerisinde iddianame iade edilmez ve iddianamenin kabulüne (eksiklik bulunmadığına) karar verilebilir.

<sup>25</sup> AYM, E. 1969/46, K. 1970/2, KT: 6.1.1970; E. 1976/9, K. 1976/10, KT: 2.3.1976; E. 1963/41, K. 1963/94, KT: 22.4.1963. AYM'nin bu yaklaşımı öğretide, davaya hangi mahkemenin bakacağı konusunda belirleme yetkisinin uyumsuzluk mahkemesine ait olduğu ve bu nedenle AYM'nin, davaya bakan mahkemenin görevli olup olmadığını araştırmaması gerektiği yönünde eleştiriler var. Bkz. Özbudun, s. 400-401; Kıratlı, s. 61-65; Yılmaz Aliefendioğlu, 'Türk Anayasa Yargısında İptal Davası

## B. Davaya Bakan Mahkeme

Anayasa'nın 152/1'inci maddesindeki düzenlemeye göre, “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*”.

Anayasa'nın 152'nci maddesinde 2017 Anayasa değişikliği ile KHK yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesine yer verildi.

AYM, davaya bakan mahkeme ve davaya uygulanacak yasa hükmü kavramlarına ilişkin çok sayıda karar vermiştir. Konuya açıklık getirebilmek için bunlara sırayla göz atmakta yarar var:

AYM önceki kararlarında davaya bakan mahkeme kavramına açıklık getirmiştir. Buna göre mahkeme kavramı, “*adli, askerî ve idarî davalara bakan ve bu dâvalarda nihai hüküm vermek suretiyle uyuşmazlıkları çözümlleyen her derece mahkeme*”sini ifade eder.<sup>26</sup>

Başka bir kararında da AYM, mahkeme kavramını, “*bir davaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümlleyen merci*” olarak tanımlamıştır.<sup>27</sup>

AYM, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının somut norm denetimi istemesiyle ilgili bir kararında,<sup>28</sup> “*Bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için, karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir.*” diyerek, mahkemenin genel tanımını yaptıktan sonra; “*Anayasa’nın 79. maddesinde seçimlerin, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılması öngörülmüş ve seçimlerin başlamasından bitimine kadar seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kuruluna verilmiştir. Ayrıca Anayasa’ya göre Yüksek Seçim Kurulu’nun kararlarına karşı başka bir merciye başvurulamaz*” demiştir.

---

*ve İtiraz Yolu*, Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s. 120-121. Görev konusunda AYM kararı yerinde; çünkü, uyuşmazlık mahkemesinden geçmiş dava dosyaları için farklı düşünülebilse de, Anayasa’da yer alan, “*Diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır*” düzenlemesi karşısında (Anayasa, m.158/son), AYM’nin böyle bir değerlendirmeye ben yetkili ve görevliyim demesi doğaldır.

<sup>26</sup> AYM, E. 1964/51, K. 1965/3, KT: 12.1.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 19 vd.

<sup>27</sup> AYM, E. 1967/15, K. 1967/15, KT: 30.5.1967, AMKD, Sayı: 5, s. 119 vd.

<sup>28</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992, AMKD, Sayı: 28, Cilt: 1, Ankara, 1993, s. 139.

AYM aynı kararında, “Seçim kurulları ve seçimlerle ilgili yasa hükümleri kendine özgü bir çözüm ve kurallar bütünüdür. Anayasa’nın 79. maddesinde dayanağını bulan seçim yasaları ile bu kurullara ve yargıçlara verilen görevler seçimin sınırları içinde ve kendi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmelidir” gerekçesi ile İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının “bir davaya bakmakta olan mahkeme” olarak nitelendirilemeyeceğine işaret etmişti.<sup>29</sup>

Ancak AYM, “Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa’nın yargı bölümünde yer almadığı gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ve yukarıda sayılan anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildir” demiştir.<sup>30</sup>

AYM bu kararında devamla, “Anayasa ve seçimle ilgili yasalara göre, seçim kurulları genelde seçimin yönetim, denetim ve gözetimi ile görevli olan ve istisnai olarak da seçimle ilgili uyuşmazlıkları çözümleyen kuruluşlardır. Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin nitelikte olarak çözümlemiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulu’nun tümünün yüksek yargıçlardan kurulu bulunması, il ve ilçe seçim kurulu başkanların(in)<sup>31</sup> yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli değildir. Aynı şekilde ilçe seçim kurulu başkanının bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olması da, bu kurul başkanlığının mahkeme sayılmasını gerektirmez” diyerek, ilçe seçim kurulunun somut norm denetimi isteminde bulunmaya yetkili olmadığına karar vermiştir.<sup>32</sup>

AYM sonraki bir kararında, İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının, yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında yasayla kurulmuş olma unsuruna sahip olduğuna işaretlerle,<sup>33</sup> Anayasa’nın 36’ncı maddesinde “yargı yeri” olarak belirlenen organlardan olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>34</sup>

AYM, sorgu hâkimlerini;<sup>35</sup> hakemleri;<sup>36</sup> vergi itiraz ve temyiz komisyonlarını;<sup>37</sup> il ve ilçe idare kurullarını<sup>38</sup> mahkeme olarak kabul etmemiştir.

Buna karşın AYM, icra tetkik mercilerini mahkeme olarak kabul etmiştir.<sup>39</sup>

<sup>29</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992.

<sup>30</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992.

<sup>31</sup> Sözcüğün sonuna “(n)ı ben ekledim.

<sup>32</sup> AYM, E. 1992/12, K. 1992/7, KT: 18.2.1992, AMKD. Sayı: 28, Cilt: 1, Ankara, 1993, s. 140.

<sup>33</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 47.

<sup>34</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 48.

<sup>35</sup> AYM, E. 1964/51, K. 1965/3, KT: 12.1.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 19 vd.

<sup>36</sup> AYM, E. 1963/46, K. 1963/43, KT: 28.2.1963, AMKD, Sayı: 1, s. 113-115.

<sup>37</sup> AYM, E. 1966/16, K. 1966/28, KT: 27.6.1967, AMKD, Sayı: 4, s. 172 vd.

<sup>38</sup> AYM, E. 1965/18, K. 1965/53, KT: 11.10.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 242 vd.

<sup>39</sup> AYM, E. 1967/15, K. 1967/15, KT: 30.5.1967, AMKD, Sayı: 5, s. 119.

**Sayıştay**'ın mahkeme kavramı içerisinde değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği konusu tartışmalı olmakla beraber,<sup>40</sup> AYM Sayıştay'ı önceki kararında "mahkeme" olarak kabul etmemiş,<sup>41</sup> ancak daha sonraki kararlarında "mahkeme" olarak kabul etmiş;<sup>42</sup> "*Sayıştayın, hesap yargılaması kapsamında baktığı yargısal işin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında bir dava olduğu anlaşılmaktadır*" demiştir.<sup>43</sup>

Uyuşmazlık mahkemesi için öğretide, bu mahkemenin adlî ve idarî yargı mercileri arasındaki görev uyuşmazlığını giderme bakımından işin esasını çözmesi söz konusu olmamakla beraber; hüküm uyuşmazlığının giderilmesinde işin esasıyla ilgili karar verdiği için mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir.<sup>44</sup>

AYM, ilk derece (Yüce Divan) sıfatıyla baktığı davalar ile siyasi parti kapatma davalarında, Anayasa'nın 152'nci maddesi anlamında mahkeme olduğuna karar vermiştir.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Özbudun, s. 401'de, Anayasa'nın yargı bölümünde düzenlenmesi ve "kesin hükümleri dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamayacağını belirtmesi karşısında, Sayıştayın, sorumluların hesap işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında mahkeme olduğu kabul edilmelidir" demektedir.

<sup>41</sup> AYM'ye göre Sayıştay mahkeme değildir. AYM, E. 1990/39, K. 1991/21, KT: 11.7.1991, AMKD, Cilt: 1, Sayı: 27,, s. 452'de, "*Sayıştay, Anayasa'nın 160. maddesine göre, temelde T.B.M.M. adına mali denetim görevini yapan ve özel olarak da bu denetim çerçevesinde aleyhine hiçbir yargı organına başvurma olanağı bulunmayan kimi kesin kararlar alan kendine özgü bir anayasal kurumdur. Yargı kuruluşlarına benzemeyen görev, yetki çalışma yöntemleri ve aleyhine yargı yollarının izlenmesi olanaksız kimi kesin hükümler kurması nedeniyle Sayıştay bir yargı kuruluşu sayılamaz ve mensupları da hâkimlere ilişkin hükümlere bağlı tutulamaz.*" denmektedir. Bu konuda bkz. İbrahim Şahbaz, 'Sayıştay Yüksek Mahkeme Değildir', Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı: 108, Kasım 2000, s. 36-43.

<sup>42</sup> AYM'ye göre, "*Sayıştayın idari bir makam olarak kabulü durumunda, Sayıştay ile Danıştay kararları arasındaki uyuşmazlıkta Danıştay kararının üstün olduğunu vurgulayan Anayasa hükmününün bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü yargı kararları ile idari kararlar arasında kıyas yapılması dahi mümkün değildir. Anayasa koyucunun, Sayıştay ile Danıştay kararları arasında bu şekilde bir kıyaslama yapma ihtiyacı duyması, ikisini de yargı organı olarak görmesinin bir sonucudur*" (AYM, E. 2012/102, K. 2012/207, KT: 27.12.2012).

<sup>43</sup> AYM, E. 2014/172, K. 2014/170, KT: 13.11.2014; R.G.: 10.01.2014, Sayı: 29232.

<sup>44</sup> Özbudun, s. 401-402.

<sup>45</sup> AYM, E. 1964/22, K. 1964/54, 03.07.1964 tarihli kararında, anayasanın doğrudan uygulanması konusunda değerlendirme yaparken, "*Anayasa Mahkemesine gelince: Bu mahkeme sadece Yüce Divan işlerinde ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarında uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse bekletici mesele çıkarmağa ve aykırılığı karara bağlamaya yetkilidir. (44 sayılı kanun - Madde 20/2). Öyle ise Anayasa Mahkemesinin iptal dâvaları, itiraz başvuruları, Yüce Divan işleri ve parti kapatma dâvaları dışında Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmününün iptaline karar vermesi mümkün değildir.*"; AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971 tarihli kararında da, "*Anayasa Mahkemesi ancak Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığı yahut siyasi partilerin kapatılması dâvalarına baktığı sıralarda Anayasa'nın 151. maddesinde sözü edilen mahkeme durumuna düşer*" demektedir.



Ancak bireysel başvuru üzerine somut norm denetimi yapılamayacağına ilişkin açık düzenleme olmaması ve Anayasanın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*” denmesine ilişkin düzenleme karşısında, bireylerin doğrudan anayasa mahkemesine somut norm denetimi yoluyla iptal davası açmaları mümkün değildir.

Fakat Anayasada, “*Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir*” (m.148/5) hükmüne yer verilmesi ve ilgili yasada, “*Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir*” (6216, m.49/4) denmesi karşısında, AYM bireysel başvuruda gerektiğinde duruşmalı inceleme yapılabileceğinden, diğer koşulların da varlığı halinde, bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapılması gerekmektedir.<sup>46,47</sup> Çünkü, AYM’ye yapılan bireysel başvuru bir davadır. O nedenle 6216 sayılı Yasanın 49/4’üncü maddesinde “duruşmalı inceleme”den söz edilmektedir. AYM bir mahkeme olduğuna ve bireysel başvuru ile dava açıldığına ve davanın “duruşmalı incelenmesinin” mümkün olduğuna göre, “kendine özgü”<sup>48</sup> bir somut norm denetimi yapılabilir. Örneğin, esas mahkemesinde, davaya uygulanacak hukuk normunun anayasaya aykırı olduğu ileri sürülse ve bu iddia reddedilse, yasa yolu incelemesinde (istinaf veya temyiz) anayasaya aykırılık iddiası ciddi görülmezsizin esas mahkemesi kararına yönelik istek reddedilse (yani hüküm kesinleşmiş olursa), bu kesin hükme karşı bireysel başvuru yapıldığında yasanın gerçekte anayasada yer alan temel haklara aykırı olduğu açık biçimde anlaşılrsa, buna rağmen AYM’nin bireysel başvuruda somut norm denetimi yapmaya yetkili değilim demesi, temel hakların korunduğu anlamına gelecek mi? Çünkü, yasanın açıkça anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerden birine aykırı olması, hükmün de anılan yasa hükmüne uygun verilmesi halinde, başka neden veya gerekçeyle ihlal kararı verilse bile, anayasaya aykırı yasa hükmünün hukuk dünyasında yürürlüğünün korunması, insan haklarına dayalı/saygılı bir hukuk devletinde kabul edilmemesi gerekir. Bu tür durumlarda, yasa metnine sıkı sıkıya bağlı kalmak yerine, insan haklarının yaşam pratiğine aktarılmasını sağlayacak bir yorum biçiminin kabul edilmesi gerekir.

<sup>46</sup> İbrahim Şahbaz, ‘*Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar*’, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara 2011, s. 91 vd.

<sup>47</sup> Şahbaz’a göre, “*AYM’nin bireysel başvuruyu değerlendiren dairesi, bireysel başvuruya konu karara dayanak yapılan yasa hükmünün anayasaya aykırılığı iddiası ile somut norm denetimi yapılmak üzere genel kurula taşıyabilir*” (İbrahim Şahbaz, ‘*Adli Yargı Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru*’, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2016, Cilt: 42, Sayı: 3, s. 558).

<sup>48</sup> Bireysel başvuruya konu kararlar çoğunlukla esas mahkemesince hükme bağlanan ve kesinleşmiş kararlar olduğu için, “kendine özgü” bir somut norm denetimi kavramını kullanıyorum.

AYM, bireysel başvuru incelemesinde, AİHM kararını dikkate alarak, “AİHS’in 6. maddesi de klasik yargı teşkilatında bulunan mahkemelerin dışında kalan ama yargılama faaliyetlerinde bulunan organları da kapsayacak şekilde ‘yargı yeri’ (tribunal) kelimesini kullanmaktadır. AİHM’e göre bir organa kelimenin maddi anlamında yargı yeri özelliği kazandıran, onun yargısal fonksiyonudur” demiştir.<sup>49</sup>

AYM bu kararında mahkeme kavramını açıklamak için farklı yaklaşımlar geliştirmiştir. Bu yaklaşımlardan birine göre, “Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyumsuzlukların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup, yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyumsuzluğa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyumsuzluğun taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyumsuzluğun çözümü, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek gerçekleştirilmektedir”<sup>50,51</sup>

AYM, AİHM kararlarına yollamada bulunarak, “İlgili karar organının mahkeme olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca dava konusu olayı hem maddi hem de hukuki açıdan inceleme yetkisine sahip olması<sup>52</sup> ve dava konusunu bağlayıcı bir şekilde sonuçlandırma yetkisinin bulunması gereklidir”<sup>53</sup> demiştir.<sup>54</sup>

AYM’nin, yasama dokunulmazlığının kaldırılması, TBMM üyeliğinin düşmesine ilişkin kararların denetlenmesinde, bakılmakta olan davadan söz edilemeyeceği için, bir hükmün anayasaya aykırılığını bekletici sorun yapamayacağı savunulmaktadır.<sup>55</sup>

AYM, yasaların veya TBMM İçtüzüğü’nün Anayasaya uygunluğunu denetlerken yahut dokunulmazlığının kaldırılmasına veya TBMM üyeliğinin düştü-

<sup>49</sup> AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, KT: 29.4.1988, para. 64; AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 32; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 529.

<sup>50</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 34.

<sup>51</sup> Aynı kararında AYM, “Ayrıca, yargı organları bir uyumsuzluğu kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal kimlik kazandıran önemli bir göstergedir” demiştir (AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 34; bkz. AYM, E. 2012/102, K. 2012/207, KT: 27.12.2012).

<sup>52</sup> AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, KT: 28.4.1988, para. 70.

<sup>53</sup> AİHM, *Findlay/İngiltere*, B. No: 22107/93, KT: 25.2.1997, para. 77.

<sup>54</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3912, KT: 6.2.2014, para. 35.

<sup>55</sup> AYM, E. 1964/22, K. 1964/54, KT: 03.07.1964; Özbudun, s. 402.



ğüne ilişkin kararların denetlenmesi görevini yaparken, davaya bakan mahkeme durumunda olmadığına karar vermiştir.<sup>56</sup>

AYM, Yüksek Seçim Kurulu'nun “*yargı yeri ve kararlarının da yargısal nitelikli kararlar olduğu kabul edilse dahi*”, kararlarına karşı bireysel başvurunun mümkün olmadığına karar vermiştir.<sup>57</sup>

İncelemekte olduğumuz, AYM Bölümünün verdiği ihlal kararı üzerine davaya bakan mahkemenin, AYM Genel Kurulu tarafından verilen karara konu olayda, somut norm denetimi yapılmasının istenmesinde, mahkeme kavramında tartışma yoktur.

Asıl tartışmalı husus, AYM Bölümünün verdiği ihlal kararı üzerine davaya uygulanacak normun olup olmadığıdır. Bir başka deyişle, sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmasının hukuka uygun olmadığı gerekçeyle ihlal kararı verilmesine rağmen, sanık hakkında verilen hapis cezasıyla ilgili olarak CMK'nın 231'inci maddesinin davada uygulanacak hüküm olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Eğer davaya uygulanacak hüküm yok denirse, o zaman AYM Genel Kurulu çoğunluğunun yetkisizlik nedeniyle verdiği, ret kararının hukuka uygun olduğu; değilse, yani davaya uygulanacak yasa hükmü var denirse, AYM Genel Kurulu çoğunluğunun görüşünün hukuka uygun olmadığı, ortaya çıkacaktır.

Bu durumda dava mahkemesinin yeniden yargılamada, olaya özgü olarak, davaya uygulanacak yasa hükmünün var olup olmadığına değerlendirmesine geçebiliriz.

### C. Davaya Uygulanacak Norm

Davaya uygulanacak norm kavramı, AYM'nin istikrar bulan kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur.

AYM kararlarına göre, somut norm denetiminde, davaya bakan mahkemenin söz edebilmek için öncelikle mahkemenin o davaya bakmaya yetkili

<sup>56</sup> AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971, AMKD, Sayı: 11, s. 52-96.

<sup>57</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2015/6723, KT: 14.7.2015, R.G.: 7.10.2015, Sayı: 29495: “*Tartışılması gereken temel husus, YSK'nın yargı yeri ve kararlarının da yargısal nitelikli kararlar olduğu kabul edilse dahi Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi karşısında YSK kararlarının bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince incelenip incelenemeyeceği sorunudur. Bu konunun aydınlatılmasında Anayasa'nın anılan hükmünde geçen 'Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.' ibaresi ve 298 sayılı Kanun'un 132. maddesinde geçen 'Kurulun kararı kesindir. Aleyhine hiçbir mercie ve kanun yoluna başvurulamaz.' ibaresinin ne anlam ifade ettiğine bakılmalıdır. Anılan hükümlerde yer alan 'merci' ifadesiyle başvurulacak idari ve yargısal tüm yer veya makamların kastedildiği anlaşılmaktadır ve Anayasa Mahkemesi de buna dâhildir. Buna göre anılan hükümler karşısında, YSK kararlarının Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu olması mümkün değildir.*”

olması gerekir.<sup>58</sup> Dava mahkemesi davaya bakmaya yetkili değilse, bakmakta olduğu davadan söz edilemeyeceği için, davaya uygulanacak yasadan da söz edilemeyeceğinden, somut norm denetimi yapılması için AYM'den karar istenemeyecektir.

Anayasadaki düzenlemeye göre, itiraz yolu ile anayasaya uygunluk denetimi başvurusu, ancak bakılmakta olan davaya uygulanacak bir yasa ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri için yapılabilir (Anayasa, m.152). Buna davaya uygulanacak norm veya kural denmektedir.<sup>59</sup>

Ancak davaya uygulanacak kural kavramının, yargılama sürecindeki bütün kuralları mı, yoksa sadece mahkemenin kararına esas teşkil eden kural veya kuralları mı kapsadığı konusu tartışmalıdır.<sup>60</sup>

Konuyla ilgili olarak 1961 (m.151/1) ve 1982 Anayasa'sında, "uygulanacak" (m.152/1); 2949 sayılı Yasadaki düzenlemede, "o dava sebebiyle uygulanacak" (m.28/1); 6216 sayılı Yasada "bu davada uygulanacak" kavramına yer verilmiştir (m.40).

AYM ise uygulamada, davaya uygulanacak yasa kuralının ne olduğunu kendisi belirleyerek, anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır.<sup>61</sup> Hatta AYM, sonradan yürürlükten kaldırılmış bir yasa hükmünün de anayasaya uygunluk denetimini yapmaktadır.<sup>62</sup>

AYM Genel Kurulu çoğunluğu, makalemize konu yukarıdaki davada, CMK'nın 231'inci maddesinin "itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından" yetkisizliğine karar vermiştir.

Oysa AYM'nin verdiği bir başka karar gerekçesine göre, "*söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığının saptanması, sanık hakkında mahkemece verile-*

<sup>58</sup> AYM, E. 2005/11, K. 2005/9, KT: 10.2.2005.

<sup>59</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 531.

<sup>60</sup> Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 531.

<sup>61</sup> Örneğin AYM, E. 1996/4, K. 1996/39, KT: 17.10.1996, AMKD, Cilt: 2, Sayı: 32, Ankara, 1997, s. 831'de, "*Uygulanacak yasa kuralından amaç, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır*" demiştir.

<sup>62</sup> AYM, E. 1970/46, K. 1971/24, KT: 2.3.1971, AMKD, Sayı: 9, Ankara, 1972, s. 340'ta, "*274 sayılı Sendikalar Kanununun 21. maddesi 29/7/1970 günlü, 1317 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir. Ancak, Bursa İş Mahkemesine açılan dâvada uyuşmazlığa yol açan olayın meydana geldiği tarihte, yürürlükte bulunan eski metnin uygulanması zorunludur. Bir dâvada uygulanacak yasa hükümlerinin de anayasal denetime bağlı olduğu Anayasanın 151'inci maddesi gereğidir. Bu nedenlerle mahkemece işin esasının incelenmesine (A.G.)'nin yeni hükmünde eski hükmeye göre dâvacının hukukunu etkileyen bir değişiklik olup olmadığı araştırılmadan işin esasına geçilemeyeceği yolundaki karşıtı ile ve oyçokluğu ile 24/11/1970 gününde karar verilmiştir*" denilerek, sonradan yürürlükten kaldırılmış olan hükmün incelenmesine karar verilmiştir.

cek karara, yani sonuca doğrudan doğruya etkili olacak demektir. Esasen bir dâvada uygulama yeri bulunan kanun hükmü deyim veya kavramı, o dâvada sadece dâvayı açan belgede uygulanması istenen hükümleri değil, aynı zamanda dâvanın esasına etkili ve sonucu da değiştirecek nitelikte olup, dolaylı biçimde uygulanacak hükümleri de kapsamaktadır. Kaldı ki, sözü geçen deyimde böyle bir kapsam tanımak, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenmesiyle güdülen amaca da uygun düşmektedir. **Çünkü bu denetimin asıl ereği yasalardaki Anayasa'ya aykırı olan kuralların olabildiği ölçüde ayıklanıp ortadan kaldırılmasını sağlamaktır**.<sup>63</sup>

Görüldüğü gibi AYM bu kararında, yasa hükmü kavramını, “davanın sonucunu” da “değiştirecek” şekilde kabul etmiştir. CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanıp uygulanmaması davanın sonucunu da etkileyecek bir husustur. Çünkü, sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmaması, bu maddenin uygulanması halinde sanığın elde edeceği sonuçtan daha ağır bir sonuç olacaktır. Yani, sanık hakkında CMK'nın 231'inci madde uygulanırsa, sanığın hukuki durumu uygulanmamasındaki durumdan daha lehe olmaktadır. Zira, CMK'nın 231'inci maddesinin 5'inci fıkrasındaki düzenlemeye göre, “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. (...) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmasını ifade eder”.

Ayrıca, sanık hakkında HAGB kararı verilir ve “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur” ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur (m.231/8); “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir” (m.231/10). Dolayısıyla sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmaması, sanığın aleyhine sonuçlar doğurabileceğine göre, davanın sonucunu etkileyebilecek bir duruma sebebiyet verilebileceğinden, dava sonucunu etkileyecek bir durum vardır.

AYM bir başka kararında, “davada uygulanacak kural”ın sadece o davanın esasını çözecek hükmü değil, “bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallar”ın tamamını kapsadığına işaret etmiştir.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> AYM, E. 1971/28, K. 1971/64, KT: 8.7.1971.

<sup>64</sup> AYM, E. 2018/8, K. 2018/85, KT: 11.07.2018.

AYM yakın tarihli kararlarında da, “uygulanacak kural ise davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallar”ın tümünü davada uygulanacak kural kapsamında değerlendirmiştir.<sup>65</sup>

AYM bölümü, yukarıda belirttiğimiz makalemize konu olayla ilgili olarak, bireysel başvuruda sanık hakkında HAGB kararı verilmesini yerinde bulmayıp, ihlal kararı vermiştir.

Bu ihlal kararı sonrası yeniden yargılama yapan mahkeme AYM’nin ihlal kararı üzerine davaya yeniden baktığına göre, hem davaya bakmakta olan mahkeme, hem de CMK’nın 231’inci maddesinin ilgili fıkralarının davaya uygulanacak yasa hükmü olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü aşağıda yer verdiğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) kararında belirtildiği gibi, sanık hakkında uygulanan HAGB kararının kesinleşmesi halinde kazanılmış hak sözü konusu olacaktır.<sup>66</sup> Oysa, ihlal kararı üzerine yapılan yeniden yargılamada davaya bir şekilde uygulanacak veya uygulanmayacak bir yasa hükmünün somut norm denetimi yoluyla incelenmesi yapılmadığından CMK’nın 231’inci maddesinin başka davalarda uygulanması devam edecektir. Oysa hukuk devletinde (Anayasa, m.2), insan haklarına dayalı (Anayasa, m.14/1), insan haklarına saygılı (Anayasa, m.2) bir devlette, AYM’nin bir bölümü tarafından verilen ve Anayasanın “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17’nci maddesinin ihlaline sebebiyet verdiği kabul edilen CMK’nın 231’inci maddesinin somut norm denetiminin yapılmasının ve yürürlükten kaldırılmasının sağlanması gerekirdi.

AYM’nin bölümü tarafından verilen ihlal kararında Anayasa’nın 17’nci maddesinin ihlal edildiğinin kabul edilmesi karşısında, 231’inci maddenin anayasaya uygun olmadığı dolaylı yoldan kabul edilmiş demektir. Bu durumda, dava mahkemesinin yürürlükte olan ve uygulanması AYM bölümü tarafından uygun görülmeyen CMK’nın 231’inci maddesinin Anayasa’nın 17’nci maddesine aykırılığı itirazında bulunması, davaya uygulanacak veya uygulanmayacak bir yasa hükmünü göstermektedir. Burada davaya uygulanacak yasa hükmünü dar yorumlamak gerekir.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> AYM, E. 2020/62, K. 2020/69, KT: 12.11.2020, para. 2; AYM, E. 2020/92, K. 2020/71, KT: 10.12.2020, para. 2.

<sup>66</sup> CGK, E. 2016/4-468, K. 2019/502, KT: 25.6.2019.

<sup>67</sup> AYM’nin, E. 1972/47, K. 1972/56, 21.11.1972 (R.G.: 5.2.1972, Sayı: 14439) günlü kararı üzerine bir değerlendirme için bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, ‘İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 1, Yıl: 1974, s. 47-52. Yazar bu çalışmada Yargıtay incelemesinden geçmiş bir kararla ilgili olarak somut norm denetimi isteminin AYM tarafından reddedilmesinin eleştirisini yaparak, Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, her şeyden önce, bakılmakta olan dâva ve uygulanacak kanun kavramlarını çok dar yorumlamakta, hiç gereği yokken, başka bir başvurma dolayısıyla verdiği

AYM'ne göre, “*Yargı yoluyla çözümlenmekte olan her iş bir dâvadır*”.<sup>68</sup> Dolayısıyla bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararının gereğinin yapıldığı sırada somut norm denetimi istemi de bir davadır.

Kişilerin yasaya karşı doğrudan AYM'ye iptal davası açma yolu kabul edilmediğine göre (6216, m.45/3), güvence olarak düşünülen bireysel başvuruda ihlal kararı verilmesi üzerine de somut norm denetiminin kabul edilmemesi, bireysel başvuru yolunu güçsüzleştirmektedir.<sup>69</sup>

Esasen, ihlal kararı üzerine davaya yeniden bakan mahkemenin AYM'den somut norm denetimi yapılmasını istemesi, AYM bölümünün ihlal kararının gereğinin yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Çünkü, yasanın anayasaya aykırılığı sorunu çözümlenmediğine göre, yasaya uygun olarak verildiği düşünülen HAGB kararının Anayasanın 17'nci maddesine aykırı olduğunun kabul edilmesi, CMK'nın 231'inci maddesinin anayasaya aykırı olduğu anlamına gelir. Zira AYM bölümünün burada ele aldığımız kararında sanık hakkında HAGB kararının doğru uygulanıp uygulanmadığı, yasaya uygun karar verilip verilmediğini tartışması yoktur. Aslında AYM'nin, açıkça dava konusu suçla ilgili olarak HAGB kararı verilemeyeceğine ilişkin açık düzenleme olmadığı halde, yasaya uygun olarak verilmiş bir kararın doğrudan anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermesi, yasanın o hükmünün dolaylı olarak burada belirtilen suç bakımından uygulanmayacağını kabul etmektir. Ancak hukuk devletinde haklardan yararlanmanın etkin kılınabilmesi ve yasaların ilgililer bakımından açık/anlaşılabilir/öngörülebilirliğinin sağlanabilmesi bakımlarından, böyle bir yasal düzenlemenin hukuk dünyasında varlığını sürdürmemesi gerekir.<sup>70</sup>

Dolayısıyla AYM İkinci Bölümü, bu ihlal kararında sanık hakkında sadece HAGB kararı verilmemesi gerektiği kanısındadır.

## II. AYM İKİNCİ BÖLÜMÜNÜN BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE VERDİĞİ KARAR

Olay, başvuruçunun, Karadeniz Teknik Üniversitesi Biyoloji Bölümünde eğitimi devam ederken 21.9.2006 günü üniversite harçlarına yapılan zammı pro-

*eski bir kararının bir bölümüyle çelişmeye düşmektedir*” (s. 49-50); “*Yargılama süreci ile adı geçen mahkemenin ilişkisi kesilmemiş ve dâva da bakılmakta olan dâva durumundan henüz çıkmamıştır*” demektedir (s. 51).

<sup>68</sup> AYM, E. 1966/25, K. 1965/57, KT: 26.10.1965; Karamustafaoğlu, s. 51.

<sup>69</sup> Karamustafaoğlu, s. 53'te itiraz (somut norm denetimi) için, “*Bu yolun geniş ya dar tutulmasında Anayasa Mahkemesi kararlarının ve yorumlarının etkisi çoktur. Onun için, bu yolu herhangi bir güvence sağlamayacak aşırı derecede biçimsel uygulama ve yorumlarla daraltmak, hem hukuk devletinin koruyuculuk ilkesini, hem de yargı denetiminin önemli bir kolunu güçsüzleştirmek olur*” demektedir.

<sup>70</sup> Bkz. aşağıda, III no.lu başlık altında bireysel başvurunun bir dava olduğu konusunda değerlendirmeler yapılmıştır.

testo etmek ve bu konuda Üniversite rektörü ile görüşmek için Rektörlük binası önünde diğer öğrencilerle birlikte toplanmasından ibarettir.

Bu protesto eylemine karşı özel güvenlik görevlilerinin topluluğun dağıtılması konusundaki girişimlerinin başarılı olmaması üzerine jandarmaya bilgi verildiği ve Karadeniz Teknik Üniversitesi Jandarma Karakolu Komutanı olarak görev yapan (...)’nin emrindeki erlerle birlikte olay yerine geldiği ve duruma müdahale ettiği; bu müdahale sırasında Karakol Komutanının gruba karşı güç kullanılması emrini verdiği; bu arada başvuruca da copla vurulduğu ve bu darbenin etkisiyle parmağının kırıldığı iddiası sonucunda şikâyet üzerine açılan kamu davasında, fiil sabit görülerek sanık hakkında hapis cezasına hükmedilmiş, ancak verilen bu hapis cezasıyla ilgili olara HAGB kararı verilmiştir.

Verilen bu kararla eylemin yaptırımsız kaldığı belirtilerek insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunulmuştur.

AYM Bölümü bu incelemesinde, ceza davasının mağdurunun başvurusu üzerine, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yerinde olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.

AYM’nin ihlal gerekçelerine göz attığımızda; öncelikle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddia değerlendirilmiştir:

*“Anayasa’nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirlili bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır”*.<sup>71</sup>

AYM Bölümü, AİHM’in bu tür davalarla ilgili olarak ortaya koyduğu gerekçeyi de dikkate almıştır. AYM’nin bu konudaki gerekçesine göre, “AİHM, işkence veya kötü muamele suçu işlendiğinin iddia edildiği durumlarda etkili başvurunun amaçları çerçevesinde cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının, genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir. Ayrıca AİHM, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya alınmasının ve hüküm alması durumunda meslekten men edilmesinin önemine dikkat çekmiştir”.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 58; Benzeri kararlar için bkz. Birinci Bölüm, 2013/293, 17.7.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153, para. 127; B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015, para. 105.

<sup>72</sup> Abdülşamet Yaman/Türkiye, B. No: 32446/96, KT: 2.11.2004, para. 55; Eski/Türkiye, B. No: 8354/04, KT: 5.6.2012, para. 34; AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 27.



AYM, AİHM’in kararlarına yollamada bulunduktan sonra, somut olayla ilgili gerekçelerinde; “yürütülen yargılama sonucunda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele boyutunda bir yaralama eyleminin gerçekleştiğinin tespit edildiği görülmekle birlikte soruşturmanın etkililiğinin ölçütlerinden biri olan failin suç nedeniyle hesap vermesinin sağlanması ve fülüyle orantılı bir ceza alması koşulunun yerine getirilmesinden uzak bir şekilde olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır”<sup>73</sup> demiştir.

AYM Bölümü, böyle bir fiilin gerçekleştirilmesinde “caydırıcı” bir ceza verilmesine işaret ederek somut olayda bunun gerçekleştirilmediği tespitinde bulunmuştur: “Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; işkence ve kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Cezasızlığın önlenmesi durumunda bir yandan mağdurlar açısından gerekli giderim sağlanırken bir yandan yeni ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek caydırıcı bir etki ortaya çıkması mümkün olacaktır”<sup>74</sup>.

AYM’ne göre gerçekleştirilen fiille “orantılı” ceza verilmesi gerekir: “İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki **pozitif yükümlülüğün** yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır.”<sup>75</sup>

AYM bu kararının konuyla ilgili bir başka gerekçesinde de, devletin “idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki **pozitif yükümlülüğün** yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır” şeklinde bir değerlendirmede bulunduğu halde, 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesindeki düzenlemenin anayasaya uygun olup olmadığı konusunda karar vermeksizin,<sup>76,77,78,79,80</sup> HAGB kararının sa-

<sup>73</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 62.

<sup>74</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 63; benzeri karar, B. No: 2013/3017, KT: 16.12.2015.

<sup>75</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 64.

<sup>76</sup> Bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılması gerektiğine ilişkin bkz.; Şahbaz, 2016, s. 549 vd.; Şahbaz, 2011, s. 92 vd.; Tolga Şirin, ‘Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi’, s. 49 vd. (<https://docplayer.biz.tr/1198580-Ucuncu-yilda-bir-bilanco-turkiye-anayasa-mahkemesi-nin-bireysel-basvuru-anayasa-sikayeti-usulunun-ve-kararlarinin-degerlendirilmesi.html>): Erişim Tarihi: 01.8.2021); ayrıca, Sibel İnceoğlu, ‘Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS’a Uyum Işığında Bir Değerlendirme’, Anayasa Yargısı 30, 2013, s. 91-92’de haklı olarak, “Doğrudan normun Anayasa’ya aykırı olmasından kaynaklandığı düşünülen müdahalelerde bu türden çatışan kararlar ortaya çıkmasını engellemek bakımından bireysel başvuru davasına bakan Bölümün davayı sonuçlandırmadan önce itiraz yoluyla Genel Kurula başvurarak normun iptalini talep etmesi üzerinde düşünülebilecek bir yöntemdir. Bu yöntem sürekli ihlal kararları

nık lehine sonuç doğurduğuna işaret etmiş ve bu uygulamanın “devlete ve adalet mekanizmasına olan güvenleri” zedeleyebileceğine işaret etmiştir: “İlk derece mahkemesinin -eylemin nitelik ve ağırlığı dikkate alındığında- sanık A.Y. hakkında verdiği 11 ay 20 gün hapis cezasına ilişkin HAGB kararı sonucunda sanığın deneme süresi içinde suç işlememesi hâlinde bu ceza hiç olmamış sayılarak adli ve memuriyet siciline yansımayacaktır. Verilen bu karar cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir ve sanığın cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Ulaşılan bu sonucun bu tür olaylara karışan kamu görevlilerine hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve bu tür fillere eğilimi olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyebileceği açıktır”.<sup>81</sup>

AYM gerekçeleri arasında, HAGB kararı verilmesi nedeniyle, sanığın “disiplin yönünden de hiçbir soruşturmaya tabi kılınmadığı ve hiçbir disiplin yaptırımını

verilmesi yerine, normun iptali yoluyla sorunun kökten çözümü, zaman ve işgücü tasarrufu açısından da yararlı olabilir. Fakat bu yöntemin amacına ulaşması için Genel Kurulun norm denetimini yaparken somut olaydan ve gerçeklikten ayrılmadan normu yorumlaması ve İHAM kararlarına uygun biçimde sonuca varması bir zorunluluktur. Aksi halde bireysel başvurunun ruhuna ve amacına aykırı sonuçlar da ortaya çıkabilir” demektedir.

<sup>77</sup> Öykü Didem Aydın, ‘Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 144’te, “Biz her durumda tartıştığımız sorunda böyle dolambaçlı yolların işletilmesine gerek olmadığını düşünüyor ve temel haklara aykırı bir kanunun uygulanmasından doğan ihlallerde bölümlerin de ‘itiraz’ yoluyla durumu Genel Kurul önüne getirebilmesini ve Genel Kurul’un da kanunun ya da kanun hükmünde kararnamenin doğrudan iptali yolunun açılabilmesini savunuyoruz. Bu yorum, kanun koyucunun amacına aykırı görülebilir ancak Anayasanın ‘Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler’ yolundaki 138. maddesi hükmüne, 148. maddesinin 3. fıkrasına ve 152. maddesinde düzenlenen somut norm denetimi mantığına ve ruhuna uygundur” demekte.

<sup>78</sup> Bireysel başvuruda somut norm denetiminin yapılması gerektiği hakkında bkz. İbrahim Şahbaz, ‘Hak Arama Özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru’, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Ankara, 2012, s. 233-241.

<sup>79</sup> AİHM bir kararında (5237 sayılı TCK’nın 301’inci maddesiyle ilgili başvuru konusunda Bkz. AİHM, 2. Daire Kararı, Altuğ Taner Akçam/Türkiye, B. No: 27520/07, KT: 25.10.2011, sözleşmede açık hüküm olmadığı halde iç hukuktaki yasada yer alan düzenlemeyi incelemiş ve ihlal kararı vermiştir.

AİHM’in bu kararı dikkate alındığında, açık düzenleme olmasa da, bireysel başvuruda, işin gereği olarak anayasaya aykırı yasanın somut norm denetimine konu edilesi gerekir.

<sup>80</sup> Sağlam, yasa yollarının tüketilmesi aşamasında itiraz (somut norm denetimi) yoluna her zaman gidilebileceğini belirtmekle beraber, “Belki bu aşamadaki girişimlerin bir temel hakkı ihlal edecek biçimde reddedilmiş olması”nın bireysel başvuru görüşünü haklı kılabileceğine işaret etmektedir (Fazıl Sağlam, ‘Anayasa Şikâyetini Bekleyen Sorunlar’, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara, Nisan 2011, tartışmalar kısmında soruya yanıt, s. 60).

<sup>81</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 65.



ile karşılaşmadığı tespiti ile birlikte ele alındığında” cezasızlığının etkisinin ağırlaştırılmakta olduğunu; bu fiili gerçekleştirmiş olmasına karşın sanığın, “göreviyle ilişkisinin kesilmediği”ni ve kariyerini “kesintisiz bir şekilde sürdürdüğü”nü dile getirmiştir.<sup>82</sup>

AYM, sadece ceza davasıyla ilgili işlemleri değil, sanık hakkında disiplin işlemleri yapılmamış olunmasını da bireysel başvuru incelemesinde dikkate almıştır: sanığın “*disiplin yönünden de hiçbir yaptırımla karşılaşmamış olması nedenleriyle olayda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağıyla ilgili olarak etkili bir soruşturma yapılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır*”.<sup>83</sup>

AYM gerekçelendirdiği tüm bu tespitleri sonunda, suç mağduru yönünden “*Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir*” demiştir.<sup>84</sup>

Dolayısıyla AYM, sanık hakkında devlet tarafından yapılması gerektiğini düşündüğü (adli ceza, disiplin cezası ve meslekten ayrılması gibi) hiçbir işlemin yapılmadığı tespitinde bulunmuştur.

Gerçekte sanığın fiilin karşılığında hiçbir yaptırım uygulanmadığı gibi, kariyer ve yaşamını devam ettirmesinin adalete güveni sarsacağı, mağdurların haklarının korunmamış sayılacağı ve dolayısıyla kamu vicdanının tatmin olmayacağı açıktır.

Anayasa ile tanınmış temel hakların yeterince güvenceye alınmadığı bir devlet mekanizmasında, hukuk devleti ve insan haklarına dayalı/saygılı devletten söz edilemeyeceği ortadadır. Gerçekte böyle bir karar karşısında, Anayasa ile tanınmış temel hakların başında gelen, “insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının” (Anayasa, m.17; AIHS, m.3) gereğinin yapıldığı söylenemez.

AYM verdiği ihlal kararı üzerine, kendi kararı doğrultusunda işlem yapılması için, “*insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere (...) 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir*” demiştir.<sup>85</sup>

Görüldüğü gibi AYM’nin İkinci Bölümü tarafından verilen bu ihlal kararında yer alan gerekçeler arasında ilk sırada yer alması gereken husus, sanığın fiili ile ilgili olarak yasama organının 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin 5-14’üncü fıkralarında yer alan düzenlemelerde suçlar arasında yeterince ve objektif bir ayırım yapılmaması ve dolayısıyla sanık hakkında verilen hapis cezası

<sup>82</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 66.

<sup>83</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 67.

<sup>84</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 68.

<sup>85</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 72.

ile ilgili olarak HAGB kararı verilmesinin, devletin pozitif yükümlülüğünü bertaraf edeceğinden iptali cihetine gidilmemesidir.

Bireysel başvuru üzerine AYM İkinci Bölümünce verilen yukarıdaki ihlal kararı sonrası, davaya yeniden bakan mahkeme, 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin 5-14'üncü fıkralarındaki düzenlemelerin davaya uygulanacak yasa hükmü olduğu ve bu hükümlerin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle, konuyu AYM Genel Kurulu'na taşımıştır.

### III. AYM GENEL KURULUNUN SOMUT NORM DENETİMİNDE VERDİĞİ RET KARARI VE GEREKÇELERİ

AYM Genel Kurulu ise oyçokluğuyla, CMK'nın 231'inci maddesinde yer alan *“kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davaya uygulanma imkânı bulunmadığından bu fıkralara ve cümlelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine”* karar vermiştir.<sup>86</sup>

Ancak AYM, makalemize konu kararı öncesinde de, dava mahkemesinin ihlal kararı doğrultusunda işlem yapması gerektiğine karar vermişti.<sup>87</sup> Ancak, dava mahkemesinin ihlal kararı doğrultusunda işlem yapması gerekmele beraber (Anayasa, m.153/son), burada farklı bir hukuki sorun ortaya çıkmıştır. Bu sorun; sanık hakkında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmasına ilişkin açık bir yasa olmadığı gibi, AYM'nin, dava mahkemesinin kararının dayanağını oluşturan yasa hükmünün iptalini sağlamak yerine, somut norm denetimi yapılmasına olanak da tanımaksızın, AYM'nin bölümünün verdiği kararda CMK'nın 231'inci maddesinin zımnen anayasaya aykırılığına işaret eden bir gerekçeye dayanmasına karşın, AYM Genel Kurulu dava mahkemesinin somut norm denetimi yoluna başvurmayaya yetkili olmadığına karar vermesidir.

Bizim hukukumuzda, anayasaya aykırılığına açıkça karar verilme dahi, yasa hükmünün uygulanması halinde davanın taraflarından birinin temel haklarından birinin ihlaline sebebiyet verecekse, o yasanın anayasaya aykırılıktan iptali cihetine gidilmesi gerekir.

Bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapılması yolu açılmadığına göre, AYM Genel Kurulu'nun somut norm denetimi yolu ile yasa hük-

<sup>86</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

<sup>87</sup> AYM'ye göre, *“(...) ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür. (...) (D) erede mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir”* (AYM, Genel Kurul Kararı, B. No: 2014/8875, KT: 7/6/2018; R.G.: 1/8/2018, Sayı: 30496; Benzeri karar için bkz. AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2015/3324, KT: 26.2.20120; R.G.: 14.4.2010, Sayı: 31099).

münün anayasaya uygunluk denetiminin yapılmasını sağlaması gerekirdi. Çünkü, AYM Bölümünün kararında, sanık hakkındaki HAGB kararının yasaya aykırılığına işaret edilmediğine göre, 231’inci maddenin anayasaya uygun olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

Burada şu hususlar çok önemlidir; birincisi, bireysel başvuru bir “hak arama yoludur”; ikincisi Anayasanın 148’inci maddesinin 5’inci fıkrasında yer alan, “Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir” hükmünden hareketle, 6216 sayılı Yasanın 49’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasındaki düzenlemeye göre, “Mahkeme, incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebilir”, dolayısıyla bireysel başvuruda da açılmış bir dava vardır; üçüncüsü, AYM’nin bireysel başvuru üzerine, incelemesini yaptığımız olayda olduğu gibi, ihlal nedeni yasadaki kaynaklanmıştır. Dolayısıyla bireysel başvuruda bakılmakta olan bir dava vardır ve bu davada uygulanmış veya uygulanıp uygulanmaması tartışmalı olan bir yasa hükmü varsa bunun için ön sorunun somut norm denetimi yoluyla çözümlenmesi gerekir. Çünkü AYM’ne göre, “Yargı yoluyla çözümlenmekte olan her iş bir davadır”.<sup>88</sup> Bireysel başvurunun da bir dava olarak kabul edilmesi gerekir.<sup>89</sup> Gerçekte bireysel başvuru hem “sübjektif”, hem “objektif” yönü olan bir davadır.<sup>90</sup>

### A. AYM Genel Kurulu Çoğunluğunun Görüşü

AYM Genel Kurulu çoğunluğunun gerekçesine göre; “Bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir. (...) Anayasa Mahkemesi, ihlalin ve sonuçlarının nasıl giderileceğine hükmederek gerekli işlemlerin tesis edilmesi için kararı ilgili mercilere gönderir”.<sup>91</sup>

AYM gerekçesinin bir yerinde, önceki kararlarına da yollamada bulunularak şunlara işaret edilmiştir: “Anayasa Mahkemesi kural olarak ihlalin ve sonuçla-

<sup>88</sup> AYM, E. 1966/25, K. 1965/57, KT: 26.10.1965; Karamustafaoğlu, s. 51.

<sup>89</sup> Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, XII Levha yay. İstanbul 2017, s. 196’da AYM Bölümünün “mahkeme” olduğu; s. 197’de bireysel başvurunun dava olmadığını söylemenin güç olduğuna işaret edilmektedir.

<sup>90</sup> Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, Ekim 2018, s. 125-126, 134, 169.

<sup>91</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 7-8; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; benzeri kararlar için bkz. (2) [GK], B. No: 2018/3007, KT: 15.3.2018, para. 57; AYM, Genel Kurul, 2014/8875, KT: 7.6.2018, para. 56; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.

*rının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağı hususunda ilgili mercilere takdir yetkisi bırakır (...) İlgili merci ihlal kararının niteliğini dikkate alarak bu ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekenleri yapar. Bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi somut olayın özelliklerini dikkate alarak ihlalin ve sonuçlarının nasıl ve hangi araçlarla ortadan kaldırılacağına dair ilkeleri belirleyebilir. (...) Böyle bir durumda ilgili mercilerin anılan ilkeler doğrultusunda hareket etmesi gerekir. İstisnai kimi durumlarda ise tespit edilen ihlalin niteliği, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından ilgili mercilerin önünde tek bir seçenek bırakabilir. Bu hâlde Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için alınması gereken tedbiri açıkça gösterir ve ilgili merci bu tedbiri alır”.*<sup>92</sup>

Yine bilindiği gibi, ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir.

AYM birçok kararında ihlal kararı üzerine yapılacak yeniden yargılamanın niteliği konusuna açıklık getirmektedir.

AYM’ye göre, “6216 sayılı Kanun’un 50. maddesiyle işaret edilen yeniden yargılama kavramı, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan belirli yönlerden farklılık taşımaktadır. Kuşkusuz ki Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılamaya hükmettiği durumlarda da derece mahkemesi kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlığı yeniden ele almaktadır. Bu yönüyle ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumu ile Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya hükmedilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir, derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür”.

<sup>93</sup>

Yine AYM’ye göre ihlal kararı üzerine “derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar

<sup>92</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 9; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

<sup>93</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 11; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlem-den veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin, hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir.

Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir<sup>94</sup>.

AYM Genel Kurulu, bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararıyla ilgili tespitinde, “Bakılmakta olan davada ihlalin ortaya çıkmasına neden olan uygulama sanık hakkında HAGB kurumunun uygulanmasıdır. Kolluk görevlilerinin işlediği iddia olunan suçların yargılanmasında koşullarının bulunması hâlinde Kanun’un 231. maddesinde düzenlenen HAGB kurumunun uygulanma ihtimali kuşkusuz bulunmaktadır. Ancak itiraz yoluna konu olan somut davanın sonuçlanması üzerine verilen Elif Aydın Dost başvurusu kararında sanık hakkında HAGB hükümlerinin uygulanmasının davaya konu suça karışan kamu görevlilerine hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve böylesi bir uygulamanın bu tür fiillere eğilimi olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyeceği tespiti yapılmıştır (Elif Aydın Dost, § 65). Anayasa Mahkemesinin anılan kararı üzerine yapılan yeniden yargılamada ihlali giderecek şekilde yeniden karar verilmesi Anayasa’dan kaynaklanan bir zorunluluktur. Bu nedenle bakılmakta olan davada sanık hakkında artık HAGB kurumu uygulanamaz. Dolayısıyla yeniden yargılama yapan başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu iş bu davada Kanun’un 231. maddesinde düzenlenen HAGB kurumunun uygulanma imkânı bulunmamaktadır”<sup>95</sup>.

Ve sonuçta AYM Genel Kurul çoğunluğu, “açıklanan nedenlerle kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir” demiştir.

<sup>94</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 12; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406. Benzeri kararlar için bkz. Mehmet Doğan, para. 60; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, KT: 7.11.2019, para. 59.

<sup>95</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.

## B. AYM Genel Kurulu Kararındaki Karşı Oylar

AYM Genel Kurulunca verilen kararın karşı oylarından birinde, “bireysel başvurudaki ihlal kararından sonra yeniden yargılama yapan derece mahkemesinin önünde çözümlenmesi beklenen mesele”nin HAGB’ye ilişkin hükmün somut olayda nasıl değerlendirileceği olduğuna işaretlerle (para. 8), “her şeyden önce Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının, somut davada HAGB hükümlerinin uygulanmasını *mutlak surette* engellediği görüşü tartışmaya açıktır. Kolluk görevlisi hakkında HAGB’ye hükmedilmiş olması, Anayasa Mahkemesinin ihlal sonucuna ulaşırken sanığın ‘yaptırımsız’ kalması gerekçesine dayanak yaptığı unsurlardan biridir” (para. 9); “Anayasa Mahkemesinin ihlal kararından sonra yapılan yeniden yargılamada hiçbir surette sanık hakkında artık HAGB kararı verilemeyeceği söylenemez. Dolayısıyla somut uyuşmazlıkta HAGB’ye ilişkin ilgili hükümler davada uygulanacak kuraldır” (para.12); “somut davada sanığın HAGB talebi konusunda derece mahkemesinin olumlu ya da olumsuz yönde hüküm kurması zorunluluğu bulunmaktadır” (para.13); “mahkeme ihlal kararından dolayı HAGB’ye hükmedemeyeceği sonucuna ulaştığında ilgili kuralları “olumsuz” yönde uygulamış olacaktır” (para.16); “norm denetiminde uygulanacak kuralın çok katı ve dar yorumlanması anayasa yargısının amacıyla da bağdaşmamaktadır” (para.17) denmiştir.<sup>96</sup>

Bir diğer karşı oy yazısında, “*Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı doğrultusunda ilgili Mahkeme ihlalin sonuçlarını gidermekle yükümlüdür ama somut olayda yerel Mahkeme ihlalin sonuçlarını CMK m.231 ve Yargıtay içtihadı nedeniyle ortadan kaldıramadığını dolaylı olarak vurgulamaktadır. Başka bir ifadeyle mahkeme iki yüksek mahkemenin farklı tutumlarından dolayı arada kaldığını hissetmektedir. Mahkeme sorunun kaynağı olarak ilgili kanun hükmünü gördüğünden Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle itiraz başvurusunda bulunmuştur (...) işin esasına geçilerek itiraz konusu kuralların anayasallığının denetlenmesi gerektiği görüşüyle*” çoğunluğa iştirak edilmemiştir.<sup>97</sup>

Üçüncü karşı oy görüşünde, “*mezkiir kararda, müdahalenin kanunilik unsuru açısından ihlal bulunduğu yönünde bir tespitte ve 5271 sayılı Kanununun 231. maddesinin ve HAGB müessesesinin bu tür ihlallere yol açtığına ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiş; ihlal sonucuna, bireysel başvuru konusu somut olayın şartları çerçevesinde bütün unsurlar dikkate alınarak varılmıştır. Bu itibarla söz konusu mahkemenin, yeniden yargılama sırasında bu kuralları da göz önünde bulundurarak bir karar vermek zorunda olduğu açıktır. Açıklanan sebeplerle esa geçilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun red kararına katılmıyorum*”.<sup>98</sup>

<sup>96</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; AYM Başkanı Zühtü Arslan’ın karşı oyu.

<sup>97</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; Üye Engin Yıldırım’ın karşı oyu.

<sup>98</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; Üye M. Emin Kuz’un karşı oyu.



Nihayet dördüncü karşı oy yazısında, “*Anayasa Mahkemesi bu bireysel başvuruda bizatihi HAGB kurumunun kendisinin değil bu somut olayda uygulanmış olmasının başvuruçunun 17. maddede güvence altına alınmış olan hakkının ihlaline sebebiyet verdiğini ifade etmiştir. (...) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesindeki HAGB kurumu ile ilgili Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen kuralların Mahkemenin önündeki davada uygulanacak kural olduğu kanaatindeyim*” denmiştir.<sup>99</sup>

#### IV. KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Somut olayda AYM İkinci Bölümünce verilen kararda, 5271 sayılı CMK’nın 231/5-14’üncü maddesindeki düzenlemenin sanık hakkında uygulanmaması gerektiği gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.

AYM Genel Kurulu çoğunluğunun kararında, ihlal kararı üzerine yapılacak işlemlere işaret edilmekle beraber, somut olay itibarıyla dava mahkemesince anılan 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin fıkralarında yer alan düzenlemenin davaya uygulanacak hüküm olmadığından, Anayasa’nın 152/1’inci maddesi gereğince konunun AYM Genel Kurulu’nun önüne somut norm denetimi yoluyla götürülmesinin mümkün olmadığına karar verilmiştir.

##### A. AYM İkinci Bölümünün Dava Mahkemesince Yapılacak İşlem Konusundaki Kararı

Yukarıdaki kararında AYM İkinci Bölümü, ihlal kararı üzerine dava mahkemesinin ne gibi işlem yapacağı konusunda açık bir değerlendirmede bulunmamakta ve sadece, “Kararın bir örneğinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere” dosyanın dava mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Buradan çıkan sonuç, dava mahkemesinin ihlali nasıl gidereceği konusunda tercihte serbest olduğudur. Bu durumda dava mahkemesinin ihlale sebebiyet veren hususun, HAGB kararının dayanağı olan söz konusu 231’inci madde olduğuna göre, bu maddenin somut norm denetimi yoluyla iptalini sağlamak ve buna göre ihlal kararının gereğini yapmaya karar vereceği düşünülebilir. Çünkü, AYM Bölümünün ihlal kararında açıkça yeniden yargılamanın nasıl yapılması gerektiğine karar vermemesi karşısında, dava mahkemesince yeniden yargılama sırasında somut norm denetimi yoluyla ihlale sebebiyet veren normun/kuralın iptalinin sağlanması hukuki bir yoldur.

AYM Genel Kurulu, yeniden yargılamada somut norm denetimi yoluna başvurulamayacağına karar vermek yerine, CMK’nın 231’inci maddesindeki düzen-

<sup>99</sup> AYM, Genel Kurul, E. 2020/102, K. 2021/1, KT: 14.1.2021, para. 13; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406; Üye Yusuf Şevki Hakyemez’in karşı oyu.

lemeyi iptal etmiş olsaydı, yasama organına bu konuda yeniden düzenleme yapma olanağı verilebilecekti. Çünkü, AYM Bölümü kararında sanığın fiilini gözeterek hakkında HAGB kararı verilmesini hukuka uygun bulmamıştı. Bu durumda AYM'nin 231'inci maddenin hangi suçlar bakımından uygulanmaması gerektiği konusunda, AİHM kararına da yollamada bulunarak ipucu verdiği göre, iptal üzerine yasama organının suç türleri bakımından yeni bir değerlendirme yapma olanağı elde etmesi sağlanmış olacaktır.

Şimdi, söz konusu 231'inci madde yürürlükte olduğuna göre, mahkemeler, sanığın işlediği suçu ve 231'inci maddedeki koşulları gözeterek, verilen ceza için HAGB uygular ve bu karar yasa yolu incelemesinden geçerek kesinleşirse, bireysel başvuruda AYM her olay bakımından HAGB'nin uygulanmasının hukuka uygun olup olmadığına karar verecektir.

Oysa, “Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz” şeklindeki anayasa hükmüne rağmen (m.148/4), AYM, geliştirdiği içtihatlar karşısında, dava mahkemesine, somut olayda HAGB karar veremezsin diyebilecektir. Bu durumda hukuki istikrar ve güvenden söz edilemez. Yürürlükte olan yasa hükmüne uygun olarak verilen karar, yasa yolu incelemesinden geçtiği halde, AYM'nin, bu sanık hakkında HAGB kararı verilemez demekle, dava mahkemesine yasayı neden uyguladın anlamına gelebilecek bir karar vermiş olacaktır.

AYM Genel Kurulu çoğunluğu bu konuda somut norm denetimi yapılamayacağına karar vererek, dava mahkemesinin CMK'nın 231'inci maddesinde yer alan düzenlemenin anayasaya aykırı olduğuna ilişkin hukuki yaklaşımının gözetilmemesi sonucuna sebebiyet vermiştir. Oysa, AYM Bölümü kararında doğrudan denmese de, HAGB kararı verilemez/verilmemeli demekle aslında dava mahkemesince sanık hakkında uygulanan CMK'nın 231'inci maddesinin kimi suçlar bakımından anayasaya aykırı olduğunu zımni olarak kabul etmiş olmaktadır.

Ancak davaya uygulanan yasa hükmünün (CMK, m.231) anayasaya aykırı olmasına rağmen dava mahkemesinin o yasayı uygulaması halinde, bireysel başvuruda somut norm denetiminin yapılmaması hukuki sıkıntılara sebebiyet verebilir.<sup>100,101,102</sup>

<sup>100</sup> Şahbaz, 2011, s. 92'de, “bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılabilir. Çünkü, anayasa mahkemesinin önünde bulunan dava ile ilgili olarak yasanın anayasaya açıkça aykırılığı söz konusu ise, yasadaki düzenlemeden hareketle (m.45/3) anayasaya aykırı yasanın yürürlükte kalmasının savunulması, bireysel başvuru kurumunun niteliği ile bağdaşmaz. Zira bireysel başvuruda amaç, temel hakka ilişkin kamusal işleme ortaya çıkan ihlalinin önlenmesidir. Dolayısıyla bu temel haklardan herhangi birinin ihlal edilmesi yasadaki kaynaklanıyorsa, yasaya karşı bireysel başvuruyu kabul etmeyip, ilgili yargı kararı bakımından incelemenin yapılması yerinde olmaz” demektedir.



AYM'nin bireysel başvuruda davaya bakan mahkeme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.<sup>103</sup> Çünkü, AYM bir karar verdiğine ve verdiği karar herkesi bağlayıcı olduğuna göre (Anayasa, m.153/son), bireysel başvuruda da açılmış bir davadan söz edilmesi gerekir. Kaldı ki, AYM bireysel başvuruda, “incelemesini dosya üzerinden yapmakla birlikte, gerekli görürse duruşma yapılmasına da karar verebileceğine” göre (6216, m.49/4), bireysel başvuruda bakılmakta olan bir dava var demektir. Ancak AYM içtihatlarını farklı biçimde geliştirdiği için, bireysel başvuruya konu dava mahkemesi kararının dayanağı olan yasanın doğru uygulanmasına rağmen, kendisi somut norm denetimi yapmaktan çekinmektedir. Böylece yasa hükmünün uygulanması halinde, verilen kararın adil olmamasının kabul edilmesine karşın, yasa somut norm denetimi yoluyla incelenemediği/incelemediği için, kabul edilemeyecek sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Dava mahkemesince anayasaya aykırılığı açık olan bir yasayla ilgili olarak somut norm yolu işletilmeksizin hüküm verilir ve bu hükme karşı bireysel başvuruda bulunulursa, AYM’ce bu konuda değerlendirme yapılmamasının hukuki sorunlara sebebiyet verebileceğine işaret edilmektedir.<sup>104</sup>

Bireysel başvuruda AYM'nin somut norm denetimi yapamayacağına ilişkin açık bir düzenleme olmadığına göre, uygulanmasıyla hukuka aykırılığı beliren yasa hükmünün iptalini sağlayacak bir mekanizmanın işletilmesi gerekir. Aksi takdirde, verilecek ihlal kararı ile yasa hükmünün uygulanmaması gerektiğine işaret edilmekle beraber, anayasaya aykırı yasanın yürürlükte kalması da sağlan-

<sup>101</sup> Benzeri yaklaşım için bkz. Recep Kaplan, ‘*Kanuna Karşı Bireysel Başvuru*’, Bireysel Başvuru İncelemeleri, Editörler: Dr. Musa Sağlam, Dr. Serdar Güleler, Dr. Recep Kaplan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 191’de, “*bireysel başvuru işlemleri gibi kanunların da doğrudan ya da dolaylı bireysel başvuru suretiyle denetime tabi tutulmasını tamamen yasaklayan bir düzenlemenin bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.(...) Bu kapsamda kanunların bireysel başvuru yolunda denetime tabi tutulmaması, AIHM'nin yerleşik içtihatlarıyla çelişen sonuçlara ulaşılmasına yol açacaktır*” denmektedir.

<sup>102</sup> Tolga Şirin, ‘Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi’, s. 46’da, AYM’nin 6216 sayılı yasanın 45/3’üncü maddesindeki düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki içtihadını haklı olarak yerinde bulmamaktadır. (<https://docplayer.biz.tr/1198580-Ucuncu-yilda-bir-bilanco-turkiye-anayasa-mahkemesi-nin-bireysel-basvuru-anayasa-sikayeti-usulunun-ve-kararlarinin-degerlendirilmesi.html>; Erişim Tarihi: 01.8.2021).

<sup>103</sup> Şirin, ‘Üçüncü Yılda Bir Bilanço’, s. 49: “*AYM’yi de anayasa şikâyeti sırasında “davaya bakmakta olan bir mahkeme” olarak kabul etmekteyim. Bu bağlamda asıl mesele davada uygulanacak bir normun anayasaya aykırılığı konusundaki şüphe meselesidir*”.

<sup>104</sup> Şahbaz, 2011, s. 92: “*Örneğin, ilgili adli yargı düzeninde anayasaya aykırılık somut norm denetimi yoluyla giderilmemiş veya böyle bir iddia ileri sürülmediği için, anayasaya aykırı yasaya göre hüküm kurulmuş ve temyiz mahkemesi de bunu onamış olabilir. Bu durumda açıkça anayasa hükmü ile çelişen bir normun anayasaya aykırılığını anayasa mahkemesinin değerlendirmemesi kabul edilemez*”.

miş olmaktadır.<sup>105</sup> Ayrıca başka suçlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağına da tereddütler oluşacağı, anılan yasa hükmünün uygulanmasında objektif ölçüte yer verilmediği için, yasanın açık, anlaşılabilir, ulaşılabilirlik yönlerinden hukuk devleti ilkesine uygunluğu da tartışma yaratmaktadır.

Savunulan bu görüşler anayasada yasama işlemlerime karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağına ilişkin açık yasaklayıcı hüküm bulunmadığı halde, yasayla getirilen ve yasama işlemlerine karşı bireysel başvuruda bulunulamayacağına ilişkin düzenlemenin (6216, m.45/3) anayasaya aykırı olmadığına ilişkin AYM kararı karşısında,<sup>106</sup> halen bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılmasının savunulması doğru bulunmayabilir. Ancak, anayasadaki düzenlemeye göre, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*”.

Bu düzenleme dikkate alındığında, dava mahkemesinde davaya uygulanacak yasa hükmünün anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğü halde somut norm denetimi işletilmemiş ve verilen kararlar ilgili olarak yasa yollarından da sonuç alınamamış olunursa, buna rağmen bireysel başvuruda somut norm denetimi yapılamayacağını nasıl savunacağız? Veya bu yaklaşımla, anayasaya açıkça aykırı olan yasa hük-

<sup>105</sup> Şahbaz, 2011, s. 93: “*İnceleme sırasında açıkça anayasaya aykırılığı anlaşılan normun, esas mahkemesi tarafından bakılmakta olan dava sırasında somut norm denetimi yapılarak giderilmesini beklemek, anayasaya aykırı normların yürürlüğünün sürdürülmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle, anayasada açıkça bireysel başvuruda somut norm denetimi konusunda anayasa mahkemesine somut norm denetimi yapabilme yetkisi verilmediğinden, Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi kendinde göremez diyemeyiz*”.

<sup>106</sup> AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, KT: 01.03.2012. AYM bu kararında, 6216 sayılı Yasa’nın 45’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan, “*Yasama işlemleri (...) bireysel başvurunun konusu olamaz*” düzenlemenin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

AYM bu kararında şu gerekçelere dayanmıştır: “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamaması, tamamen bireysel başvuru hakkının niteliği ile ilgili olduğu gibi bu işlemlerin uygulanmadıkları sürece bireylerin herhangi bir hakkının ihlaline yol açabilecek niteliğe sahip bulunmamlarından da kaynaklanmaktadır. Yasama işlemleri soyut veya somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabi olduğu gibi uygulanmaları bir hak ihlaline yol açmış ise bu işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen kişi Anayasa Mahkemesine başvuru imkânına sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde düzenleyici idari işlemler de doğrudan Danıştay denetimine tabi olmakla birlikte uygulanmaları bir hak ihlaline neden olmuş ise hakkı ihlal edilen açısından Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun veya düzenleyici idari işlemin sadece hukuk düzeninde var olması, kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır.*

*Anayasa’nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu yapılamaması Anayasa gereğidir. Kanun koyucunun dava konusu kuralda bu şekilde bir düzenlemeye yer vermesi tamamen Anayasa’nın bu konudaki hükümlerinden kaynaklanmaktadır”.*

müne dayalı olarak verilen kararın, anayasaya aykırılığına hükmedilmeksizin, davada uygulanan yasa hükmüne uygun olarak verilen kararla ilgili ihlal kararı veriliyorsa, AYM'nin söz konusu 6216 sayılı Yasa'nın 45/3'üncü maddesindeki düzenlemenin anayasaya uygun olduğunu nasıl savunacağız?

AYM, 6216 sayılı Yasa'nın 45/3'üncü maddesiyle ilgili kararında, “*diğer bir ifade ile başvurucuya somut bir olayda henüz uygulanmamış kanun (...) kural olarak bireysel bir hakkın ihlaline neden olmayacağı, dolayısıyla da bu işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıktır*” demiş,<sup>107</sup> bireysel başvuruda yasanın Anayasaya aykırılığı için başvuruda bulunulamayacağına karar vermiş ise de;<sup>108</sup> bireysel başvuru ile önüne getirilen olayda yasa zaten uygulanmış ve bu yasaya uygun işlem yapıldığı için ihlal kararı verilmiştir. Dolayısıyla AYM'nin 6216 sayılı Yasanın 45/3'üncü maddesiyle ilgili olarak verdiği karar gerekçesinde yer alan yasanın henüz “somut olayda uygulanmamış” yasa hükmü olduğundan söz edilebilir mi?

Yani AYM, bireysel başvuruda uygulanmış bir yasayla ilgili dava sonucunda verilen hükümle ilgili değerlendirme yaptığından, henüz yasayla ilgili bir işlem yapılmadığından söz edilemez. Özellikle, dava mahkemesinde yasa hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmuş ve dava mahkemesi bu hususu AYM'nin önüne götürmemiş olsaydı, bireysel başvuruda bu hususun değerlendirme dışı bırakılması hukuk devleti ve adil yargılanma ilkeleri yönünden önemli hukuki sorunlar yaratacaktır.

Bu açıklamalardan sonra somut olayda, sanığın mağduru yaraladığının ve tedavi gördüğünün kabul edilmesine göre, mağdurun maddi zararı var demektir ve bu giderilmeden sanık hakkında HAGB kararı verilmemesi gerekirdi (CMK, m.231/6-c).<sup>109</sup> AYM bu konuda değerlendirme yapmamıştır. Eğer AYM somut olayda, CMK'nın 231/6-c maddesini dikkate alarak sanık hakkında HAGB kararı verilmemesi gerektiği kanısında olsaydı, Anayasada yer alan, “*Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz*” (m.148/4) hükmünü dikkate alarak ya inceleme yapmaması veya yasa yolu incelemesinde dikkate alınması gereken bir konu olsa da açık hukuka aykırılık olduğu gerekçesiyle inceleme yapıyorum şeklinde gerekçeye yer vermesi gerekirdi. Gerçekte AYM, yasa yolu incelemesinde gözetilmesi gereken esasa ilişkin ko-

<sup>107</sup> AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, KT: 01.03.2012.

<sup>108</sup> AYM, 2012/837, 05.03.2013, para.16-18; 2013/469, 16.04.2013, para.17-18; 2012/237, 26.03.2013, para.19-20.

<sup>109</sup> CGK kararında da belirtildiği gibi, “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin objektif şartlarından biri, suçun işlenmesi ile mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada kast edilen maddi zarar olup, manevi zarar bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Objektif şartlardan diğeri, sanığın suç tarihinden önce kasıtlı bir suçtan cezalandırılmamış olmasıdır*” (CGK, E. 2017/12-443, K. 2019/4, KT: 15.01.2019).

nularda, açıkça keyfi bir mahkeme kararı hariç, giremeyeceğini belirtmektedir.<sup>110</sup> AYM, yasa yolu incelemesinde dikkate alınması gereken hususlar ve bunun istisnaları ile ilgili olarak şu kararları vermiştir:

AYM'ne göre, “Anayasa’nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir”.<sup>111</sup>

Ancak AYM, kararında başvuru konusuyla ilgili olarak esas mahkemesi ve yasa yolu incelemesinde yapılan işlemlerin isabetli olup olmadığı konusunda da değerlendirme yapmaktadır. Örneğin, “Başvurucunun iddiasının esas itibarıyla derece mahkemesince verilen kararda isabet bulunmadığına, dolayısıyla kararın sonucuna ilişkin olduğu görülmektedir. Maddi olay ve olguların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması bakımından Mahkemenin, Bölge Adliye Mahkemesinin ve Yargıtayın kararlarında bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir”.<sup>112</sup> Neticede AYM, yukarıdaki değerlendirmeleri sonucunda, “Başvurucu tarafından ileri sürülen ihlal iddialarının yukarıda belirtilen içtihat kapsamında kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu sonucuna varıldığından başvurunun bu kısmının da açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir” demiştir.<sup>113</sup>

İnceleme konusu kararında AYM Bölümü böyle bir istisnai durum tespitinde de bulunmadığına göre, verilen ihlal kararında, somut suç türü bakımından CMK’nın 231’inci maddesi açıkça Anayasanın 17’nci maddesine aykırılık oluşturuyor demektir.

Diğer yandan CMK’nın 231’inci maddesi kısa sürede çok sayıda değişikliğe uğramış ve uygulayıcının bu değişiklikleri suçun işlendiği tarihlere göre dikkate

<sup>110</sup> AYM, B. No: 2012/989, KT: 19.12. 2013, para. 63-65; AYM, B. No: 2013/8773, KT: 20.01.2016, para. 26; AYM, B. No: 2013/2581, KT: 7.01.2016, para. 31 vd.; bkz. İsmail Köksarı, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi’, Anayasa Yargısı, 33 (2016), s. 309.

<sup>111</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/8903, KT: 15.4.2021, para. 172; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.

<sup>112</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/8903, KT: 15.4.2021, para. 173; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.

<sup>113</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/8903, KT: 15.4.2021, para. 174; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.

almasındaki zorluklar da dikkate alındığında, uygulamada büyük hukuki sorunlara sebebiyet verdiği bilinen bir gerçektir.<sup>114</sup>

Oysa, Amparo davasında, kural olarak hakka müdahale eden yasanın iptalini değil, başvuru bakımından uygulanmaması amaçlandığı halde, bilhassa bizim gibi merkezi anayasallık denetiminin kabul edildiği ülkelerde, yasal düzenlemenin erga omnes etkili biçimde iptal edilmesi yolunun işletilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. İspanya'daki uygulamaya göre, ihlal yasanın hatalı yorumundan değil de doğrudan yasadaki kaynaklanıyorsa, amparo incelemesi sırasında AYM'nin ilgili Dairesi veya Bölümünün bu durumu tespit ederek davanın sürdürülmesini durdurup konuyu AYM Genel Kurulu'na taşımaktadır.<sup>115,116</sup>

Bireysel başvuruda da yasanın anayasaya aykırılığının ileri sürülmesi veya AYM'nin re'sen yasanın anayasaya aykırılığını inceleme yetkisini kendinde gören içtihatlar vermesi beklenmelidir. Yukarıdaki açıklamalarımız dikkate alındığında bunu talep etmenin bir hak olduğunu düşünüyorum.

<sup>114</sup> Örneğin, Yargıtay CGK bir karar incelemesi sırasında, hüküm verildiği tarihte sanık hakkında HAGB kararı verilmesine engel durum olduğu halde (sadece şikâyete tabi suçlar HAGB kapsamındaydı ve somut olayda re'sen kovuşturulan bir suç söz konusuydu), bir yasa değişikliği ile o suç ve ceza miktarı için HAGB kararı verilebilir hale gelmesi olayında (şikâyete tabi olup olmadığına bakılmaksızın iki yıl hapis cezası); sonradan gerçekleştirilen bir başka yasa değişikliği ile bu defa suç türü bakımından HAGB kararı verilebilmesinin mümkün olmayacağına ilişkin düzenleme karşısında, aradaki yasa hükmünün dikkate alınmasına (HAGB kararı verilebilecek değişikliğin dikkate alınabileceğine) karar vermiştir. CGK'nın kararı şöyle: “*Yerel Mahkemece direnme kararının verildiği 31.05.2007 tarihinden sonra yürürlüğe giren, 5728 sayılı Yasanın 426. maddesiyle 2911 sayılı Yasanın 32/1. maddesinde yapılan değişiklik ile fıkra da yer alan ağır para cezası yürürlükten kaldırılmış, 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile 5271 sayılı CYY'nin 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklikler ile de hükmün açıklanmasının kapsamı genişletilip, maddedeki hapis cezası sınırı iki yıla yükseltilmiş, ayrıca 14. fıkradaki şikâyete tabi suçlarla sınırlı olma koşulu kaldırılmıştır. Her ne kadar, 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5739 sayılı Yasanın 3. maddesi ile 3713 sayılı Yasanın 13. maddesi değiştirilmek suretiyle, terör suçları yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği kabul edilmiş ise de, aleyhe olduğunda kuşku bulunmayan bu düzenlemenin geçmişe yürümeceği izahattan varestedir. Bu itibarla, Yerel Mahkemece 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının 7/2, 2911 sayılı Yasanın 32/1. maddesi kapsamında değerlendirilen eylemler hakkında tesis edilen hükümlerin ayrıca bu nedenle de bozulmasına karar verilmelidir” (CGK, E. 2007/9-282, K. 2008/44, KT: 04.03.2008).*

<sup>115</sup> İnceoğlu, 2017, s. 112-113 ve 309. Yazar aynı eser, s. 199'da, “genişletici bir yorumla, Bölümün Anayasaya aykırı gördüğü normu itiraz yoluyla Genel Kurul'a götürebileceği sonucuna varmak gerekir” demekte ve ayrıca, Bölümün ilk dereceyi tahrik ederek somut norm denetimi yolunu işletmesinin “dolambaçlı bir yol” olduğunu belirtmektedir.

<sup>116</sup> Şahbaz'da bir çalışmada Türkiye için benzeri bir uygulamayı önermiştir. Bkz. Şahbaz, 2015, s. 222; Şahbaz, 2016, s. 555 vd. Şahbaz, 2011, s. 91 vd.

## B. Somut Olayda Dava Mahkemesinin Anayasaya Aykırılık İddiasının Gerekçesi

İncelememize konu ihlal kararı üzerine baktığı dava ile ilgili olarak dava mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasının gerekçesine yeterince yer verilmediğini görüyoruz. Araştırmacı olarak, ihlal kararı verilmesi sonrası yeniden yargılama yapan mahkemenin, davaya uygulayacağı yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğuna ilişkin gerekçesini bilmemiz ve buna göre halkı aydınlatmamız gerekir.

Oysa AYM Genel Kurulunun kararına göz attığımızda, dava mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasıyla ilgili açık bir gerekçeye rastlanmamaktadır.

Ancak, AYM İkinci Bölümünün ihlal kararında, “*Anayasa’nın 17. maddesinde yer verilen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlal edildiğine*” ibaresine,<sup>117</sup> yeniden yargılama yapan dava mahkemesinin de, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun; 231. maddesine 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkraların, 231. maddesinin 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun’un 562. maddesiyle değiştirilen (14) numaralı fıkrasının, “Anayasa’nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir” şeklinde bir gerekçeye yer verildiği anlaşılmaktadır.

## C. HAGB Kararının Kesinleşmesiyle Sanık Hakkında Kazanılmış Hak Konusunun Değerlendirilmesi

### 1. AYM’nin HAGB Konusundaki Yaklaşımı

AYM bu davadan önceki içtihadında, 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>118</sup>

AYM bireysel başvurularla ilgili bölüm kararında, sanık hakkında HAGB kararının sanığın isteği ile verildiği ve bu istek nedeniyle “*temyiz yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvuruçunun tercih etmediği*”,<sup>119</sup> genel kurul da benzeri gerekçelerle, HAGB kararına karşı itiraz yasa yoluna baş-

<sup>117</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018.

<sup>118</sup> AYM, E. 2011/41, K. 2012/25, KT: 16.2.2012; AYM, E. 2007/14, K. 2009/48, KT: 12.4.2009.

<sup>119</sup> AYM bir kararında, hakkında resmi evrakta sahtecilik suçundan verilen hapis cezasıyla ilgili HAGB kararı verilmesi üzerine bireysel başvuru incelemesinde şu gerekçeyle kabul edilemez bulmuştur: “*Somut olayda başvuruçunun, yargılama sonunda hakkında beraat kararı verilmemesi hâlinde lehe hükümler kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Yargılama sonunda eksik incelemeye dayalı olarak verilen mahkûmiyet kararının temel hakları ihlal ettiği iddiası, başvuruçunun talebi üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması ve temyiz yoluna başvurmayı mümkün kılan bir karar verilmesini başvuruçunun tercih etmediği dikkate alındığında dayanaktan yoksun görünmektedir*” (AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2012/833, KT: 26.3.2013). Bu kararda, resmi belgede sahtecilik suçunun mağdurları olan kooperatif üyelerinin mağduriyetleri tartışılmamıştır.



vurulmasının mümkün olduğu ve başvuru yolunu kabul ettiği gerekçesiyle ihlal kararı vermemektedir.<sup>120</sup>

AYM, HAGB kararı ile ilgili değerlendirmelerinde; “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden biridir*”;<sup>121</sup> “*5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte ancak denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi hâlinde hükümün açıklanmasıyla veya bu süre içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmemesi hâlinde düşme kararıyla yargılama nihai olarak sona erdiğinde hüküm niteliği olan bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir ve esasa ilişkin itirazlar bu aşamada ileri sürülebilir*” demiştir.<sup>122</sup>

## 2. Yargıtay’ın HAGB Konusundaki Yaklaşımı

### a. Devlet ile Sanık Arasında Sözleşme Olduğu Görüşü

Yargıtay, HAGB kararının açıklanması sırasında, sanık aleyhine değişiklik yapılabilip yapılamayacağı konusunda değerlendirme yapmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) kararına göre;<sup>123</sup> “*ilk hükümde uygulama şartlarının oluşmasına rağmen fark edilmeyen veya uygulanması unutulmuş nitelikli bir hâlin, hükümün açıklandığı sırada uygulanarak sanık hakkında daha ağır bir cezaya hükmolünebileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Kişilerin işledikleri birtakım suçlardan dolayı adli yünden lekelenmemeleri için bir fırsat ve bu anlamda sanık ile Devlet arasında imzalanmış bir sözleşme anlamına*” gelir.

CGK bu kararında, bu sözleşme üzerine sanık hakkında HAGB uygulanınca, “*sanık denetim süresi içerisinde bir daha kasıtlı bir suç işlememeyi taahhüt ederken, Devlet ise sanığa lekelenmeme hakkı tanımakta ve belirli bir süre içerisinde kasıtlı başka bir suç işlememesi hâlinde cezanın düşürüleceğini taahhüt etmektedir*” dedi.

Sanığın devletle arasındaki sözleşmeye aykırı davranmasının ne olduğuna işaret eden CGK’nın bu kararına göre, “*Sanığın Devlete verdiği sözü tutmayıp denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi durumunda ise, kanun koyucu açıklanması geri bırakılan cezanın aynen açıklanması yaptırımını öngörmüştür.*

<sup>120</sup> AYM verdiği kararında, “*Mevcut olayda verilen kararın temyiz değil de itiraz incelemesine tabi olması başvuru yolunun kendi tercihinden kaynaklanmaktadır. HAGB kararının itiraz kanun yoluna tabi olacağı 5271 sayılı Kanun’da açıkça belirtilmektedir ve başvuru, HAGB’ye muvafakatini açıklamak suretiyle itiraz incelemesinin nitelik ve kapsamını da kabul ettiğini zımnen ortaya koymuştur*” (AYM, Genel Kurul, B. No: 2013/9381, KT: 3.3.2016).

<sup>121</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2015/2285, KT: 21.3.2019, para. 23.

<sup>122</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2015/2285, KT: 21.3.2019, para. 24.

<sup>123</sup> CGK, E. 2016/4-468, K. 2019/502, KT: 25.6.2019.

*Dolayısıyla açıklanması geri bırakılan hükümde değişiklik yapılmak suretiyle sanığın daha fazla cezalandırılmasına karar verilmesi, bir nevi sözleşmeye aykırılık anlamına geleceği gibi kişilerin Devlete ve adalete olan güvenlerinin de sarsılmasına neden olacağı ortadadır”.*

Ayrıca, CGK’ya göre, HAGB kararı verildiğinde, *“hukuka aykırılıkların ileride sanık tarafından kazanılmış hak konusu olma ihtimali de göz önüne alındığında, mahkeme tarafından uygulanması unutulmuş veya fark edilmeyen herhangi bir hususun ancak aleyhe başvuru olması hâlinde temyiz veya istinaf yoluyla giderilebileceği, özellikle sanık aleyhine olacak şekilde hükmün düzeltilemeyeceği veya değiştirilemeyeceği kabul edilmelidir”.*

### **b. HAGB Kararına Karşı İtiraz İncelemesi**

HAGB kararıyla ilgili ilk düzenlemede itiraz değil, temyiz yasa yolu kabul edilmişti. Dolayısıyla HAGB kararı açıklanmadığı halde temyiz yasa yolunun açık olması, aslında CMK’nın 223/1’inci maddesinde sayılan ve hüküm sayılmayan bir kararın temyiz açısından hüküm gibi işlem görmesini sağlıyordu. Oysa HAGB kararı CMK’nın 223/1’inci maddesinde hüküm olarak kabul edilmemiştir. Fakat, Anayasa’nın 154/1’inci maddesinde yer alan, *“Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir”* şeklindeki düzenleme nedeniyle, ilk kabul edildiğinde HAGB kararına karşı açık bir yasa yolu kabul edilmediğinden temyiz incelemesi yapılması doğal idi. Ancak sonradan CMK’nın 231’inci maddesinin 12’nci fıkrasıyla getirilen düzenlemeyle, HAGB kararına karşı itiraz yasa yoluna başvurma kabul edildi.<sup>124</sup>

HAGB kararına karşı yapılan itirazda nasıl inceleme yapılacağı konusunda açıklık yoktu. Bu nedenle içtihatlarla yasa yolu incelemesinin güvenceli olabilmesi için yargı konuya çözüm üretmeye çalışmıştı.<sup>125</sup> İşte bu nedenle Yargıtay incelemelerinde, HAGB kararına karşı yapılan itiraz yasa yolunun güvenceli olup olmadığı konusunda verdiği kararların bir kısmında itiraz merciince sadece şekli denetim yapılacağı;<sup>126</sup> bir kısmında hem maddi olay, hem hukuki denetim ya-

<sup>124</sup> CMK’nın 132’nci maddesine 6.12.2006 gün ve 5560 sayılı Yasa’nın 23’üncü maddesiyle eklenen 12’nci fıkradaki düzenlemeye göre; *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir”.*

<sup>125</sup> Konuyla ilgili bkz. Can Yalçın, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2021, s. 267 vd.; İhsan Baştürk, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, İkinci Baskı, Bilge Yayınevi, 2021; İtiraz üzerine şekil denetimi yapılırken nelere dikkat edilmesi gerektiği konusunda bkz. Seyithan Güneş, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018, s. 223-224.

<sup>126</sup> *“Somut olayda, merciince evrak üzerinde inceleme yapılmış ve kanıt değerlendirmesine girilerek kanıtların, görevi savsama suçunun sübutu için yeterli olmadığı kabul edilip, sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Merciince evrak üzerinde inceleme yapılabildiğinden, itiraza konu karar yönünden yapılacak inceleme de ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi*



pılacağı<sup>127</sup> kabul edilmekle beraber, konuyla ilgili olarak uygulamada istikrarın bulunduğu söylenemez.

Oysa HAGB kararının itiraz yolu ile denetlenmesinde sadece şekli denetimle yetinilmesi, “hak arama hakkını ihlal edebilir niteliktedir”<sup>128</sup>.

AYM’ye göre HAGB kararı, “yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden biridir”;<sup>129</sup> Yargıtay CGK’ya göre de, HAGB kararı bir hüküm olmamakla beraber, “geri bırakılan hükümde değişiklik yapılmak suretiyle sanığın daha fazla cezalandırılmasına karar verilmesi, bir nevi sözleşmeye aykırılık anlamına geleceği gibi kişilerin Devlete ve adalete olan güvenlerinin de sarsılmasına neden olacağı ortadadır”<sup>130</sup>.

AYM ve CGK’nın bu iki kararını birlikte değerlendirdiğimizde, iki yüksek mahkeme kararları arasında farklı sonuçların ortaya çıkması söz konusudur. Ancak, AYM Bölümü bireysel başvuru incelemesinde, sanık hakkında yukarıdaki

---

*ile ilgili sınırlı bir inceleme olmalıdır. Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır. Özel Dairece, mercii kararının bu yönde değerlendirilerek, beraat kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunması sonucunda bozulmasına karar verilmesi isabetlidir” (CGK, E. 2009/4-13, K. 2009/12, KT: 03.02.2009). Bkz. AYM, Genel Kurul, B. No: 2013/9381, KT: 3.3.2016, para. 50.*

<sup>127</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında itiraz merciinin şu hususlarda inceleme yapması gerektiğine işaret etmiştir: “sonuç olarak yerel mahkeme kararına karşı o yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan başvurunun itiraz kanun yoluyla ve 5271 sayılı CMK’nun 267-271. maddeleri uyarınca hem maddi olay hem de hukuki yönden itiraz merciince incelenmesi gerektiğinden itiraz mahiyetindeki istem konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın itiraz merciine gönderilmesi için mahalline iadesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar verilmelidir, (CGK, E. 2012/10-534, K. 2013/15, KT: 22.01.2013); benzeri kararları Yargıtay daireleri de vermiştir. Ayrıca Bkz. AYM, Genel Kurul, B. No: 2013/9381, KT: 3.3.2016, para. 50-51.

<sup>128</sup> Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 699; Veli Özer Özbek / Serkan Meraklı, ‘Karar İncelemesi Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim’, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 229 vd. CGK’nın 22.01.2013 gün ve 10-534/15 sayılı kararına yollamada bulunularak aynı görüşü savunan yazarlar için bkz. Ahmet Gökçe / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 375-376.

<sup>129</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2015/2285, KT: 21.3.2019, para. 23.

<sup>130</sup> CGK, E. 2016/4-468, K. 2019/502, KT: 25.6.2019.

ihlal kararını verirken, CGK'nın kararında gerekçelendirildiği gibi, ihlal kararı sonrası yapılacak yeniden yargılama sonucunda, sanığın HAGB kararıyla “kazanılmış hakkı” konusunda değerlendirme yapmamıştır.<sup>131</sup> Ayrıca AYM İkinci Bölümü, esas mahkemesince verilen HAGB kararında CMK'nın 231'inci maddesinin 6'ncı fıkrasının (c) bendinde yer alan, “suçun işlenmesiyle mağdurun (...) uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” konusunda değerlendirme yapmamıştır.<sup>132</sup>

Oysa, esas mahkemesince verilen ilk kararda, sanık hakkındaki hapis cezası ertelenirken, “maddi ve manevi zararlarının giderilmemiş olması” nedeniyle hakkında HAGB'nin uygulanmamasına karar verildiği anlaşılmaktadır.<sup>133</sup>

Esasen HAGB kararına yönelik itiraz halinde (CMK, m.231/12), merciinin yasada belirtilen haller hariç, kural olarak duruşma yapması mümkün değil ise de, itiraz konusuyla ilgili araştırma yapması mümkündür (CMK, m.270-271).<sup>134</sup> Kaldı ki itiraz mercii, CMK'nın 231/6-c maddesinde yer alan ve sanık hakkında HAGB kararı verilmesine engel teşkil eden ve mağdurun zararının giderilmiş olması gerektiğine ilişkin hükmü değerlendirmemiştir.<sup>135</sup> Yani, “suçun işlenmesiyle mağdurun (...) uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi” gerektiğine ilişkin düzenleme itiraz mercii ve AYM

<sup>131</sup> HAGB kurumu, hukukumuzda istenilen hukuki yararın elde edilmesine elverişli olmadığı gibi, ortaya çıkardığı yeni sorunlar nedeniyle beklenen yararı sağlayamamaktadır. Bu nedenle bence; eski 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 6 ve 765 sayılı TCK'nın 95/2'nci maddelerinde yer alan erteleme kurumunun, güncellenmiş olarak yeniden yürürlüğe konmasında yarar var. HAGB kurumunu sadece itiraz yasa yolunun iyi işletilebilip işletilemediğiyle değil, birlikte suç işlemiş sanıklardan bir kısmı ile ilgili HAGB uygulanması, bir kısmı hakkında HAGB'nin uygulanmaması ve bir kısmı bakımından dosyanın ayrılması hallerinde de oldukça sıkıntı yaratan sonuçlarla karşılaşılabilmektedir.

<sup>132</sup> Eğer HAGB kararında CMK'nın 231/6-c maddesinde yer alan mağdurun mağduriyeti giderilmiş olsaydı, buna hem kararda yer verilir, hem de muhtemeldir ki mağdur konuyu itiraz ve bireysel yasa yollarına taşımazdı. Bu konuda kararda açıklık bulunmamaktadır.

<sup>133</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 15.

<sup>134</sup> Aynı yönde, Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2020, s. 884.

<sup>135</sup> İtiraz merciiin HAGB kararına yönelik itirazı ret gerekçesini, AYM'nin kararından aynen aktarıyorum: “Başvurucunun karara karşı yaptığı itiraz, Trabzon 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/2/2014 tarihli kararıyla, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3/2/3009 tarihli ve E. 2008/11-250, K. 2009/13, E. 2009/04-13, K. 2009/12 sayılı kararlarına atfen itiraz incelemesinin yalnızca HAGB'nin şartlarının oluşup oluşmadığı hususuyla sınırlı olduğu, HAGB kapsamında kalacak şekilde cezanın yanlış hesaplanması, HAGB dışına çıkmayacak bir biçimde takdir yetkisinin yanlış kullanılması gibi hususların itiraz aşamasında yapılan incelemenin konusunu oluşturamayacağı, bu tür hukuka aykırılıkların ancak denetim süresi içinde veya sonunda, açıklanan veya verilen hükümlerle birlikte temyiz kanun yolunda incelenebileceği belirtilerek olayda HAGB şartlarının oluştuğu, bu yönüyle kararda hukuki isabetsizlik bulunmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir”.

İkinci Bölümü tarafından değerlendirilmemiştir. HAGB kararının hukuka uygun olup olmadığı yasa yolu incelemesinde gözetilecek bir husus olması nedeniyle AYM bu hususu değerlendirme dışı tutabilir ise de, AYM yasa yolu incelemesinde gözetilmesi gereken esasa ilişkin konularda, açıkça keyfi bir mahkeme kararı olması halinde yasa yolu incelemesinde gözetilecek hususlarda da bireysel başvurularda inceleme yapmaktadır.<sup>136</sup> İşte bu kadar önemli bir olayda AYM, dosyadan açıkça anlaşıldığı gibi, mağdurun maddi zararının giderilmediğinin esas mahkemesinin erteleme kararı verdiği gerekçesinden anlaşılmasına karşın, itiraz merciinin incelemesinde bu kadar önemli bir hususu değerlendirmemesini, AYM'nin ihlal kararında kendi içtihatları çerçevesinde mutlaka değerlendirmesi gerekirdi. Gerçekte AYM, bireysel başvuruda nasıl ve nelere dikkat ederek inceleme yaptığını çeşitli kararlarında açıkça ortaya koymuştur. AYM'ye göre, yasa yolu incelemesinde değerlendirilmesi gereken konularda kural olarak bireysel başvuruda değerlendirme yapması söz konusu değil ise de, bunun istisnasının, “*derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması*”<sup>137</sup> olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, sanık hakkındaki HAGB kararında bulunması gereken temel hususlarla ilgili olarak esas mahkemesi kararında hukuka aykırılık olduğu gibi, bu konuda itiraz merciinin ve AYM bölümünün de değerlendirmesi söz konusu değildir.

### **C. AYM Genel Kurulu ve Bölümünün Dava Mahkemesinin Yasa Hükmünün Anayasaya Aykırı Olduğuna İlişkin Gerekçesini Neden Dikkate Almadıkları**

AYM İkinci Bölümü tarafından verilen ihlal kararına katılan üyelerden ikisi, Genel Kurulda somut norm denetimi yapılması yönünde karşı oy yazmışlardır.<sup>138</sup>

Esasen, dava mahkemesinin sanık hakkında HAGB uygulamasının hukuka uygun olmadığına karar verilmesine rağmen, anılan 231'inci maddedeki düzen-

<sup>136</sup> AYM, B. No: 2012/989, KT: 19.12. 2013, para. 63-65; AYM, B. No: 2013/8773, KT: 20.01.2016, para. 26; AYM, B. No: 2013/2581, KT: 7.01.2016, para. 31 vd.; bkz. Köküsarı, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi, s. 309.

<sup>137</sup> AYM'ye göre, “*ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular; derece mahkemesi kararları açık keyfilik içermedikçe Anayasa Mahkemesince incelenemez (Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26)*” (AYM, Genel Kurulu, B. No: 2013/1827, KT: 25.2.2016, para. 48; R.G.: 23.3.2016, sayı: 29662).

<sup>138</sup> Üyeler Engin Yıldırım ve M. Emin Kuz.

lemede, sanığın işlediği suçla ilgili olarak istisna getirilmediği halde, AYM Genel Kurulu, bu hükmün iptalinin sağlanması yoluyla uygulama yapılmasını sağlamak yerine, sadece dava mahkemesinin önündeki davaya uygulanacak yasa kuralı olmadığı gerekçesiyle, dava mahkemesinin yetkisizliğine karar vererek, dava mahkemesi yargıcını zor durumda bırakmıştır.

Şöyle ki; AYM İkinci Bölümü verdiği ihlal kararı üzerine dava mahkemesince ne gibi işlem yapılacağı konusuna açıklık getirmemiştir. Bu durumda dava mahkemesi 231'inci maddenin anayasaya aykırılıktan iptalini sağladıktan sonra sanık hakkında 231'inci maddeyi uygulamayacağına karar verebilecekken, AYM Genel Kurulu çoğunluğunca dava mahkemesine bu olanak da verilmemiştir. Yani hem ihlal kararında dava mahkemesince yapılması gerekenin ne olduğuna açıklık getirilmemiş, hem de genel kurul kararı ile somut norm denetimi yapılması isteği geri çevrilmiştir.

Bu durumda, yürürlükte olan bir yasa hükmüne rağmen dava mahkemesi yargıcına, sanık hakkında yürürlükteki yasayı uygulamayacağını denmiş olmaktadır. Oysa, bu husus sanık hakkında HAGB kararına karşı yasa yolu incelemesinde değerlendirilecek bir husustur.

Anayasa'nın 148'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan *“bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”* ve 6216 sayılı Yasanın 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasındaki düzenlemede, *“bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”* hükümleri dikkate alındığında,<sup>139</sup> HAGB kararı (yasa yolu incelemesinden geçirilip) kesinleştiğine göre, bu konuda AYM'nin yeni bir değerlendirme yapmaması gerekirdi. AYM çok sayıda kararında, yasa yolu incelemesinde çok bariz hukuka aykırılık yoksa inceleme yapmayacağına işaret etmiştir. AYM bu konuda verdiği kararlarında, Anayasa'nın 148'inci maddesinin dördüncü fıkrası ile 6216 sayılı Yasa'nın 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasındaki düzenlemeleri dikkate alarak, yasa yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceğine işaret etmekte ve *“Anılan kurallar uyarınca ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu*

<sup>139</sup> Görüldüğü gibi, 148'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, *“bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”*; 6216 sayılı Yasanın 49'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasında, *“bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”* denmektedir. Bu düzenlemelerden anlaşılan yasa yolu incelemesinde dikkate alınacak hususlar bireysel başvuruda değerlendirmeye tabi tutulamaz. Ancak, uygulamada çok önemli hukuka aykırılıklar olması halinde de inceleme yapılmaması düşünülemeyeceğinden, AYM çok sayıda kararında, kimi ilkeler ortaya koyarak yasa yolu incelemesinde gözetilmesi gereken hususlarda da inceleme yapmaktadır.

*hiçe sayan tarzda açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular, derece mahkemesi kararları açık keyfilik içermedikçe Anayasa Mahkemesince incelenemez” demektedir.<sup>140</sup>*

Ancak AYM bir başka incelemesinde, “*Kanun yolu merciinin de bu iddiaya dair bir değerlendirme yapmadığı, başvurucunun itirazının reddine karar verdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır*” gerekçesiyle, başvurucunun Anayasa’nın 36’ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>141</sup> Bu kararda yasa yolu incelemesinde merciin iddiayı değerlendirmemesi hukuka aykırı bulunmuştur.

Mağdurun konuyu AYM’ye kadar taşıdığına ve uğranılan maddi zararın giderilmediğinin anlaşılmasına göre, AYM Bölümü HAGB kararının bu nedenle de ihlaline karar verebilirdi. Mağdurun zararının giderilmediği açıkça anlaşıldığına göre, giderilmemesine karşın sanık hakkında HAGB kararı verilmesinin dikkate alınması gerekirdi. Kaldı ki, anayasa ve yasa hükümlerinin sadece sözcüklerden hareketle değerlendirilmemesi gerekir; aksi takdirde bireysel başvurunun konusu kalmayabilir.<sup>142</sup>

## SONUÇ

Öncelikle hukukumuzda, bireysel başvuruda somut norm denetiminin kabul edilmemesi, yasaya uygun olarak yapılan işlemlerle ilgili ihlal kararı verilip yasanın yürürlüğünün sürdürülmesi çelişki oluşturmaktadır.

Özellikle somut olayımız bakımından, bireysel başvuruda somut norm denetimi yolunun açılmaması karşısında, anılan yasa hükmünün her uygulanmasında konunun bireysel başvuru yoluyla AYM’nin incelemesine sunulması ve uygulama işlemi nedeniyle ihlal kararı verilmesi yerine, CMK’nın 231’inci maddesindeki düzenlemenin hangi suçlar için uygulanmayacağına yasa koyucu tarafından açıkça yeniden tek tek belirlenmesinin sağlanması gerekir.

Çünkü, CMK’nın 231’inci maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmeyen suçlarla ilgili verilen kararlar için, AYM bireysel başvuru üzerine ihlal kararı vermektedir. Dolayısıyla, CMK’nın 231’inci maddesindeki koşulların varlığı halin-

<sup>140</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/5444, KT: 6.1.2016, para. 67; benzeri kararlar için bkz. AYM, B. No: 2012/1027, KT: 12.2.2013, para. 26; AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2012/869, KT: 16.4.2013.

<sup>141</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2018/12600, KT: 28.1.2021, para. 39-40; R.G.: 4.3.2021, Sayı: 31413.

<sup>142</sup> Ayhan Döner / Yeşim Çelik, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları’, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE), IX-I, 2016, s. 290.

de sanık hakkında HAGB kararı verilmesi bakımından hukuki sorun yaratacak suç türlerinin belirlenmesi amacıyla, AİHM ve AYM kararları da dikkate alınarak yasada değişikliğe ihtiyaç bulunmaktadır.

Yasada yer alan, “yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı”na ilişkin düzenleme (6216, m.45/3), yasa için “doğrudan” bireysel başvuruya engel oluşturmakta ise de, yasanın uygulanmasıyla (somutlaştırılmasıyla) ilgili işlemin yasaya uygun, ancak yasanın anayasaya aykırı olduğu durumları içermemektedir. Çünkü, yasa koyucu, hiçbir dava veya uygulama olmaksızın yasaya karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını kabul etmiştir.

Kaldı ki, AİHM, somut yaşanmışlıklar varsa, söz konusu yasanın uygulanması halinde yine benzeri olumsuzluklarla karşılaşılması için, yasa için doğrudan inceleme yapmıştır.<sup>143</sup>

Dolayısıyla, yukarıda belirttiğimiz AYM Genel Kurulu kararında, ihlal kararı doğrultusunda gerekli işlemin yapılması gerektiği gerekçesiyle, ihlal kararı sonrası somut norm denetimi yapılamayacağına ilişkin yetkisizlik kararı asıl sorunun çözümlenmesini sağlamamaktadır.

Yukarıda işaret ettiğimiz bireysel başvuru üzerine AYM İkinci Bölümü tarafından verilen ihlal kararının gerekçesinde, sanık hakkında HAGB kararı verilmesinde Anayasa’nın 17’nci maddesindeki düzenlemenin gözetilmediğine dikkat çekilmesi karşısında, dava mahkemesinin yeniden yargılama yaparken, önceden uyguladığı HAGB kararından vazgeçebilmesi için, CMK’nın 231’inci maddesinin ilgili fıkralarının Anayasaya aykırılığını somut norm denetimi yoluyla AYM’nin önüne götürmesinde, hem “davaya bakan mahkeme” olması, hem de AYM Bölümünün ihlal kararı çerçevesinde CMK’nın 231’inci maddesi davaya uygulanmayacak da olsa, davaya uygulamama gerekçesinin tartışılabilmesi bakımından “davaya uygulanacak yasa hükmü” olarak kabul edilmesi gerekirdi.

Bu noktada davaya uygulanmış bir yasa hükmünün davaya uygulanmayacak yasa olarak nitelendirilmesi çelişki oluşturmaktadır. Çünkü, uygulanmış bir yasa hükmünün davaya uygulanmayacak olmasından değil, AYM Bölümünün ihlal kararı vermesi nedeniyle artık CMK’nın 231’inci maddesinin o olay bakımından uygulanamayacağından söz etmek gerekir ise de; dava mahkemesinin yasa hükmünü yanlış uyguladığından değil, yasanın somut olay bakımından uygulanmasının yerinde olmadığından söz etmek gerekir.

Dolayısıyla, 231’inci maddenin bakılmakta olan davada uygulanması Anayasa’nın 17’nci maddesinin ihlalini oluşturuyorsa, davada uygulanacak yasa hükmü var demektir. Bu durumda, AYM Genel Kurulu’nun davada uygulanacak yasa hükmü olmadığı şeklindeki görüşüne iştirak etmek mümkün değildir.

<sup>143</sup> AİHM, 2. Daire Kararı, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, B. No: 27520/07, KT: 25.10.2011.



Dava mahkemesinin somut norm denetimi yolunu işletmemesi, katılan veya sanık tarafından bireysel başvuru konusu yapılabilir.<sup>144</sup>

Gerçekte, dava mahkemesi, talep edildiği halde somut norm denetimi yolunu harekete geçirmez ve yasa yolu incelemesinde de talep edildiği halde bu yol işletmezse, bireysel başvuruda da bu yönde talep olsaydı AYM nasıl değerlendirmeye yapacaktı? Bir başka deyişle, AYM'nin, bireysel başvuru üzerine böyle bir durumda, özellikle somut olayımızda olduğu gibi, yasaya uygun olarak kabul edilen dava mahkemesi kararının sadece Anayasaya aykırı olduğuna karar verip, somut norm denetimi istemini yanıtızsız bırakması hukuka uygun olabilir miydi?

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili hak ihlallerini incelemekle görevlendirilen AYM'nin, yasaya uygun işlemle temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğini kabul ettikten sonra ilgili yasa hükmünü anayasaya uygunluk bakımından dava mahkemesinin yetkisizliği gerekçesiyle incelememesi büyük bir çelişki oluşturmaktadır. Oysa bireysel başvuru üzerine somut norm denetimi yapılmasını ya bölümün harekete geçirmesi<sup>145</sup> veya somut olayda AYM Genel Kurulu'nun incelemesi hukukumuzda büyük katkı verecekti.

AYM Bölümünün, *“Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır”*<sup>146</sup> gerekçesi karşısında, dava mahkemesinin somut norm denetimi isteminin değerlendirilmesi gerekirdi. Çünkü, bireysel başvuruda ihlale sebebiyet veren dava mahkemesinin HAGB kararı vermesi gibi gözükmeyle beraber, HAGB kararı verilmesine vesile olan CMK'nın 231'inci maddesindeki düzenlemedir.

AYM Genel Kurulu cinsel saldırı suçu yönünden değerlendirmesinde şu hususlara yer vermiştir: *“Tüm bu tespitler ışığında Mahkemenin, ceza tayini ve HAGB hususunda tam bir takdir yetkisi bulunduğu halde verdiği kararlar bu yet-*

<sup>144</sup> Aydın, 2011, s. 139'da *“somut norm denetimi yoluna başvurmaması (yani işlem ya da eylemin dayandığı kanunu Anayasa Mahkemesi önüne götürmemesi) de bireysel başvuru konusu olabilir”* denmektedir.

<sup>145</sup> Bkz. İbrahim Şahbaz, *‘Adli Yargı Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru’*, Yargıtay Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 3, Yıl: 2016, s. 558.

<sup>146</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 58; Benzeri kararlar için bkz. AYM, Birinci Bölüm, 2013/293, 17.7.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153, para. 127; B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015, para. 105.

*kisini, söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine toplumca hassasiyet gösterilen cinsel saldırı eyleminin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih ettiği izlenimi vermiştir. Olaya özgü koşullar (...) nedeniyle başvurucuya yönelik cinsel saldırının ağırlığı karşısında eylemi yapanın cezalandırılması yerine sadece ceza tehdidi altında bırakılmasına dair verilen kararın, bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması amacıyla alınan caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kıldığı kanaatine varılmıştır (...) Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü devletin pozitif yükümlülüğünden usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucu na varılmıştır<sup>147</sup>.*

Görüldüğü gibi, cinsel saldırı suçuyla ilgili bireysel başvuru incelemesi yapan AYM Genel Kurulu ile somut olayımızdaki kötü muamele suçundan verilen HAGB kararıyla ilgili olarak AYM Bölümü, sanıklar haklarında CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanamayacağına karar vermişler; ancak, AYM Genel Kurulunun çoğunluğu kötü muameleyle ilgili olarak somut norm denetimi yolu ile önüne getirilen davada, 231'inci maddenin davaya uygulanacak yasa hükmü olmadığı gerekçesiyle dava mahkemesinin yetkisizliğine karar vermiştir.

Bu durumda, dava mahkemeleri yönünden, CMK'nın 231'inci maddesinde yer alan tüm koşulların oluştuğu suç ve ceza ile ilgili olarak hangi suçlar için HAGB kurumunun işletilemeyeceği konusunda, yukarıda belirttiğimiz istisnalar dışında,<sup>148</sup> belirginlik bulunmamaktadır.

Gerek AYM Genel Kurulu, gerekse bölümünün bireysel başvuru üzerine, kendi belirlediği suçlarla ilgili olarak HAGB kurumunun işletilemeyeceğine karar vermeleri AIHM kararlarıyla uyumlu ise de, CMK'nın 231'inci maddesinin hangi suçlar bakımından uygulanmayacağına sanıklar bakımından açıkça belirlenmesi gerekmektedir.<sup>149</sup> Aksi takdirde, ilk derece mahkemeleri tarafından verilecek HAGB kararından, bireysel başvuru konusu yapılan ile yapılmayanlar

<sup>147</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2014/19112, KT: 17.5.2018, para. 67-68; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.

<sup>148</sup> Örneğin, HAGB kararı verilemeyecek durumlar 231'inci maddenin 14'üncü fıkrasında belirtilen inkılap (devrim) yasalarında yer alan suçlar; disiplin suçları ve cezaları (477, m.63/2); çek suçları (5941, m.5/10); disiplin ve hapsen tazyik gerektiren suçlar; sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesi yasasında yer alan suçlar (6222, m.11); AYM kararı ile (AYM, Genel Kurul, B. No: 2014/19112, KT: 17/5/2018, para. 67-68; R.G.: 1/8/2018, Sayı: 30496) ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı (5237 sayılı TCK'nın 184/5'inci maddesi yönünden CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanamayacağı hk. CGK, E. 2014/4-806, K. 2015/167, KT: 26.5.2015) ile getirilen yasaklar. Geniş bilgi için bkz. İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt: 2, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 2416 vd.

<sup>149</sup> Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, s. 2416 vd.'da HAGB kararı verilmesinin mümkün olmadığı hususlara işaret edilmiştir. Buna göre; CMK, m.231/14'te sayılan devrim yasaları; disiplin suç ve cezaları; 5941 sayılı Çek Kanunundaki düzenleme (m.5); disiplin ve hapsen tazyik gerektiren yasalarda yazılı suçlar; sporda şiddet ve düzensizliğin önlenmesi (6222, m.11); mahkeme kararıyla getirilen engeller (AYM ve Yargıtay CGK kararları).



arasında farklı uygulamalar olacaktır. Hukuk devletinde böyle farklı uygulamalara meydan verilmemesi için, konunun yasama organı tarafından yeniden ele alınmasının sağlanması gerekir.

Oysa, ister bireysel başvuru yolunda, isterse yukarıda belirttiğimiz somut norm denetim yolu ile anayasaya aykırı yasanın iptalinin sağlanması ve buna göre yasama organının tüm durumları (suçları) dikkate alarak yeni bir yasal düzenleme yapmasının sağlanması gerekir.

Veya 231'inci maddenin tümünden yürürlükten kaldırılmasının sağlanması düşünülebilir. Çünkü, HAGB kurumunun işletilmesi, yargılamada işlerin uzamasına sebebiyet vermektedir.

Bir başka açıdan ise, HAGB kararına karşı yapılan itiraz kurumunun iyi işletilemediği anlaşıldığından, etkili başvuru yolunu sağlayacak adımların atılması gerekir.

AİHM kararında, sanık hakkında işkence suçundan verilen HAGB kararının Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>150</sup> AİHM bu ve benzeri kararlarında, somut olaylarla ilgili ilkesel sonuçlara varmaktadır. AİHM, üye ülkelerin iç hukuklarındaki eksikliklerin neler olduğunu tek tek belirtmez; sadece somut olayı sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirir. Bu nedenle, CMK'nın 231'inci maddesinin bir şekilde tekrar gözden geçirilmesi ve buna göre, hukukumuzdan çıkarılarak eski cezayı erteleme (tecil) kurumu içerisinde yeniden kaleme alınması gerekir. Çünkü, Yürürlükten kaldırılan 647 sayılı Yasanın 6'ncı maddesinde yer alan erteleme (tecil) kurum ve kavramı modern ceza hukuku sisteminde yerini almış iken,<sup>151</sup> bir kurumdan iki farklı kurum ortaya çıkarılması (biri 5237 sayılı TCK'nın 51'inci maddesindeki erteleme; diğeri, 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesindeki HAGB) çok sayıda hukuki soruna sebebiyet vermektedir.

Diğer yandan bizim hukukumuzda uygulama bakımından somuttan soyuta doğru, yani önce yasanın uygulanması, yasa anayasaya aykırı ise anayasadaki düzenleme çerçevesinde (Anayasa, m.152), bu hususta somut norm denetimi yolunun işletilmesi gerekir. Bireysel başvuruda açıkça somut norm yolunun işletilmesi düzenlenmemekle beraber, AYM, kamu gücü tarafından temel haklardan birinin ihlal edilmesi halinde, işlemin ihlaline karar verirken, ihlale sebebiyet veren işlemin dayanağı olan yasa hakkında karar vermemesi düşünülemez. Çünkü, kamu gücünün karar vermesine sebebiyet veren yasanın iptalini sağlayacak etkili bir mekanizmanın olmaması, hukuka aykırı yasaların yürürlüğünün sürdürülmesi sonucunu doğurur.

<sup>150</sup> AİHM, *Taylan/Türkiye*, B. No: 32051/09, KT: 3.7.2012, para. 46.

<sup>151</sup> Erdener Yurtcan, *Ceza Davalarında Seri Yargılama ve Basit Yargılama*, Aristo, İstanbul, 2020, s. 20-21.

AİHM, sadece uygulamadan değil, yasanın yeterli güvence içermemesini de gerekçesinde göstererek ihlal kararı vermektedir.<sup>152</sup> Dolayısıyla AİHM, Türkiye kararında yasanın öngörülebilir olmadığını tespit etmiştir.<sup>153</sup> Gerçekte, AYM'nin yukarıda belirttiğim ihlal kararları karşısında, HAGB kararının hangi suçlar bakımından uygulanmayacağı konusunda açık (yeterli) düzenleme olmaması, yasanın öngörülebilirliğine aykırı bir durum oluşturmaktadır.

Nihayet, AYM'nin soyut norm denetimi yoluyla yaptığı incelemelerde CMK'nın 231'inci maddesinin anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir: “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. (...) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasa koyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir. (...) Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasa koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Öte yandan, (12) numaralı fıkrafta hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme*

<sup>152</sup> AİHM, Ahmet Yıldırım V., 2. Dairesi, B. No: 2010/3111, KT: 18.12.2012: “5651 sayılı Kanun internette erişimin engellemesi kararının verilmesi için sadece şu kriterleri öngörmektedir: erişime engelleme kararının verilmesine sebep olabilen ceza suçlarının niteliği, böyle bir kararın verilmesi için gerekli delillerin derecesi (“şüpheye yol açan yeterli sebepler”), erişime engelleme kararını vermek için mahkeme ile yargıcın yetkisi veya acil durumlarda, savcının yetkisi, bu karara karşı itiraz yolunun açık olması ve şüpheliyi salıvermeye veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karardan kaynaklanan tedbirin geçersizliği ve yasa dışı içeriğinin kaldırılması. Böylelikle, ulusal kanun, keyfi olmaksızın, engelleme ya da engellememe yetkisini adli yetkiye bıraktığı için oldukça yetersiz kalmaktadır: ulusal kanun, adli yetkinin icrasını bütün gerekli şartlarla ve güvencelerle kapsamamaktadır ve internet üzerinde içerik sağlayıcılara ifade özgürlüğünün temel güvencelerini sunmamaktadır” (<https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/>; Erişim Tarihi: 01.8.2021).

<sup>153</sup> Ayça Ece Zarifoğlu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Özgürlüğü’, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 85. (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000385.pdf>; Erişim Tarihi: 01.8.2021).

*süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükmümlerle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır. (...) İptal isteminin reddi gerekir”<sup>154</sup>.*

AYM, bir başka kararında, CMK'nın 231'inci maddesinin 6'ncı fıkrasının sonuna, 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen “*Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.*” cümlesinin eklenmesinin, anayasaya aykırı olmadığına şu gerekçelerle ulaşmıştır: “*Hükmün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin olarak kanunda öngörülen tüm koşulların oluşması durumunda ceza hâkiminin takdiri ile verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz konusu kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra sanığın talebine bağlı olarak verilebilecektir. Ceza sistemimizde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi koşullarına ilaveten getirilen ve sanığa kararı temyiz incelemesine götürübilme hakkı tanıyan kural, Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmayıp, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.*

*İtiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması engellenmiştir. Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürübilme imkânı veren kural, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez.*

*Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir”<sup>155</sup>.*

Görüldüğü gibi AYM bireysel başvuru incelemesi dışındaki incelemelerinde HAGB uygulaması bakımından, Anayasa'nın 17'nci maddesini dikkate alarak kimi suçlar bakımından HAGB kararı verilmesinin doğru olmayacağına (anayasaya uygun olmayacağına) işaret etmemiştir. Ancak AYM bireysel başvuru üzerine HAGB kararının verilemeyeceğine ilişkin kimi suçları kapsam dışı tutmaya başlamıştır.<sup>156</sup> Oysa, CMK'nın 231'inci maddesinin anayasaya uygun olduğuna ilişkin değerlendirmelerde, temel hak ve özgürlüklerle ilgili kimi suçların HAGB kapsamı dışında tutulabilmesini sağlayacak biçimde, yasama organının konuyu yeniden gözden geçirmesine olanak sağlanabilirdi.<sup>157</sup> Aksi halde adli yargıda her suç için, CMK'nın 231'inci maddesinde açık suç türü engeli bulunmadığı halde,

<sup>154</sup> Soyut norm denetimi başvurusu, AYM, Genel Kurul, E. 2007/14, K. 2009/48, KT: 12.4.2009.

<sup>155</sup> Somut norm denetimi yoluyla başvuru, AYM, Genel Kurul, E. 2011/41, K. 2012/25, KT: 16.2.2012.

<sup>156</sup> Bu makalede dikkat çektiğimiz suçlar cinsel saldırı ve kamu görevlisinin kötü muamelede bulunması suçlarıdır. Ancak bireysel başvuru kararlarında başka suçlarla ilgili olarak da aynı veya benzeri değerlendirmelerin yapılabileceği düşüncesindeyim.

<sup>157</sup> Kuşkusuz yasama organı gelişmeleri gözeterek CMK'nın 231'inci maddesini yeniden düzenleyebilir.

sanık hakkında HAGB kararı verilmesi durumunda, bireysel başvuru üzerine ihlal kararları verilebilecektir. Böyle bir durumda hukuki güvenden söz edilemez. Fransız Danıştay'ı ve Anayasa Konseyi'nin izlediği çizgiye göre, Hukuk devleti, “hukuk güvenliği ilkesine bağlılığı ifade eder ve hukuk güvenliği de yasaların ve bu yasaların tanımladığı durumların belli bir istikrarını gerektirir”.<sup>158</sup>

AYM'nin birçok kararında hukuk devleti tanımlanmıştır: “Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır”.<sup>159</sup>

Tüm bu nedenlerle, CMK'nın 231'inci maddesinin, AYM'nin bireysel başvuru üzerine verilen ve AİHM kararlarıyla uyum arz eden kararları dikkate alınarak, tüm suçlar bakımından yeniden değerlendirilmesi gerekir.

Kuşkusuz yargı organlarının AİHM ve AYM kararlarını dikkate almaları gerekmeyle beraber, bu kararlar ile henüz bireysel başvuru incelemesinden geçirilmemiş konular bakımından, AİHS ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak düzenlemeler getirilmesi gerekir.

AYM bir kararında CMK 231'inci maddesinin uygulanması ve beş yıllık denetim süresi içerisinde yeni bir kasıtlı suç işlenmesi halinde hükmün açıklanması sırasında HAGB kararının kesinleşmesinden önceki evrenin makul süre kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>160</sup>

AYM'nin kararında, AİHM'in bir kararına yollamada bulunulmuştur. AİHM'in söz konusu kararının birinde, “Aynı suçlamalara dayalı olarak yargılamanın yenilenmesi durumunda makul sürede yargılanma hakkı bakımından göz önüne alınacak süre yönünden önceki yargılamada geçen sürenin dikkate alınmayacağı, başvuruçunun ilk etaptaki yargılamanın çok uzun sürdüğünü düşünmesi durumunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) organlarına

<sup>158</sup> Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*, Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, 1. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 101.

<sup>159</sup> AYM, E. 2020/27, K. 2020/52, KT: 24.9.2020, para. 11; R.G.: 17.11.2020, Sayı: 31307.

<sup>160</sup> “Bununla birlikte artık bu aşamada makul sürede yargılanma hakkı yönünden inceleme yapılırken denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi üzerine başlayan yargılama sürecinin kendine özgü niteliğinin dikkate alınması gerekir. Teorik olarak söylemek gerekirse HAGB kararı verilmenden önce en azından delillerin toplandığı ve karar aşamasına geldiği açıktır. Bu sebeple denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi üzerine başlayan süreçte ilgili mahkemenin kapsamlı bir delil araştırmasına girmeyeceği söylenebilir. Dolayısıyla söz konusu sürecin makul sürede yargılanma hakkı bakımından normal bir yargılama süreci gibi ele alınması hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecektir” (AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/35039, KT: 15.4.2021, para. 47; R.G.: 8.6.2021, Sayı: 31505).

*zamanında başvuru yapması gerektiğine ilişkin karar için bkz. Löffler/Avusturya, B. No: 30546/96, 3/10/2000, § 19)*” denmektedir.<sup>161</sup>

AYM’in bu kararı hukuken yerinde; çünkü, yargılamanın yenilenmesinde kesin hükümle sonuçlanmış bir kararla ilgili dava var; bu kesin hükümden sonra dosyanın yeniden ele alınması halinde, elbette kesinleşmeden önceki yargılama süresinin makul süre içerisinde değerlendirilmesi düşünülemez. Ancak, HAGB kararında teknik anlamda verilmiş ve kesinleşmiş bir hükümden söz edilemeyeceği için, sanıklık sıfatı son bulmuş (hükümlülük sıfatı başlamış) değildir. Görüldüğü gibi, HAGB kurumu neresinden bakılırsa bakılsın hukuki sorunlara sebebiyet vermektedir. Elbette HAGB kararı sanıkların lehine bir düzenlemedir; ancak, birçok hukuki soruna sebebiyet verdiği için, farklı bir düzenleme getirilmesinde yarar var.

AYM bir kararında, “(...) mahkemeye erişme hakkı, niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden mutlak bir hak olmayıp sınırlamalara tabidir” demiştir.<sup>162</sup>

Oysa bireysel başvuru da bir dava olup, bakılmakta olan her dava gibi, bireysel başvuruda da somut norm denetiminin Anayasa’nın 152’nci maddesi gereğince yapılması gerekir. Çünkü, CMK’nın 231’inci maddesinin uygulanmasına ilişkin kararı bireysel başvuruda inceleyen AYM’nin belli bir suçun niteliğiyle ilgili olarak değerlendirme yapıp, o ve benzeri suçlar yönünden HAGB kararı verilemeyeceğini sağlayabilmek amacıyla CMK’nın 231’inci maddesinin iptalini sağladıktan sonra bireysel başvuru konusunda karar vermesi mümkündür. AYM’nin yüce divan<sup>163</sup> ve parti kapatma<sup>164</sup> davalarında olduğu gibi, bireysel baş-

<sup>161</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2018/35039, KT: 15.4.2021, para. 19; R.G.: 8.6.2021, Sayı: 31505.

<sup>162</sup> AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3673, KT: 11.12.2014, para. 24.

<sup>163</sup> 44 sayılı AMKYUHK ile ilgili olarak Anayasa Komisyonu raporunda şu hususa yer verilmiştir: “Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı işlerde Anayasanın 151. maddesinin nasıl uygulanması gerektiği de tesbit edilmiş ve bu takdirde, Yüce Divanın, itiraz konusunu bir meselei müste’hire telâkki ederek, dâvaya ara vermesi ve Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Anayasaya aykırılık konusunu hallettikten sonra dâvaya Yüce Divan sıfatıyla bakmaya devam etmesi gerektiği hususu tasrih ‘olunmuştur. Bu tasrihin bir faydası da, Anayasanın 151’inci maddesinin 4’üncü fıkrasında yazılı üç aylık müddetin, ibuhalde dahi meselei müste’hirenin karara bağlanma süresi olarak tatbik edileceğini sağlamış olmasıdır” (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, C. 4, Toplantı: 1, S. Sayısı: 54); aktaran, Eylem Baş, ‘Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından 1982 Anayasası’nın 152. Maddesinin 1. Fıkrasında Yer Alan “Mahkeme” Kavramı’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, Cilt 29, Sayı 1, s. 500, dipnot: 145 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1625169>); Erişim Tarihi: 01.08.2021); AYM, Yüce Divan sıfatıyla baktığı dava ve siyasi parti kapatma davalarında davaya bakan mahkeme olduğuna karar vermiştir (AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971, AMKD, Sayı: 11, s. 52-96); Özbudun, 2020, s. 402.

<sup>164</sup> AYM (E. 2003/21, K. 2003/13, KT: 01.04.2003), iki seçim dönemi TBMM genel seçimlerine katılmadığı gerekçesiyle açılan siyasi parti kapatılması davası üzerine, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 105’inci maddesindeki düzenlemeyi somut norm denetimi yoluyla iptal etmiştir.

vuru incelemesinde de somut norm denetimi yapmasını açıkça yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. AYM'nin bireysel başvuruda somut norm denetimi yapması halinde, hukuka aykırılıklar zamanında ortaya konacak ve hukuk devleti ilkesine bağlı/dayalı hareket edilmesinde gecikmeye sebebiyet verilmeyecektir. Somut norm denetiminin bu şekilde kabul edilerek uygulanması erişim hakkının etkin kullanımına da olanak verecektir.

Bu konuda AİHM'in şu içtihadından hareket edilebilir: “Sözleşme'nin tanımlamaksızın kabul ettiği bir hak olduğundan, herhangi bir hakkın gerçek kapsamını sınırlayan hudutlardan başka, örtülü olarak izin verilen sınırlandırmalara da tabidir. Uygulanacak olan sınırlandırmaların, bireylerin başvurularını bu hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde kısıtlamaması gerekir”<sup>165</sup>.

Bireysel başvuru, kural olarak bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili ihlallerin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir mekanizma olmakla beraber, verilen kararlar (içtihatlar), hak ihlallerinin sadece somut olay (işlem, karar) bakımından değil, bir bütün olarak hukuk devleti ilkesine de hizmet etmesi gerekir.

AYM'nin bireysel başvuru incelemesinde somut norm denetimi yapması halinde, hukuka aykırılıkların tamamının giderilmesi mümkün hale gelecektir. Bir başka deyişle, sadece bireyle ilgili karar vermek yerine, geneli ilgilendiren hususlarda da etkili olunabilmesi gerekir. Aksi takdirde hukukta geçici, günü birlik tedbirler bulunmuş olunacaktır. Bu noktada bireysel başvurunun böyle genel bir amacının olmadığı söylenebilir. Ancak hukuk devletini gerçekte hayata geçirmek, günü birlik veya tek tek dosya bazında tedbirlerle sağlanamaz. Yani, bireysel başvuru sadece kamu gücü tarafından ihlal edilen bir temel hakla ilgili karar vermektен ibaret denirse, her bireyin aynı hakkının ihlalinin olup olmadığını tek tek değerlendirmek gerekecektir. Oysa, geneli ilgilendiren ve çok sayıda hatalı sonuçlara sebebiyet veren yasal düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasının sağlanması gerekir. AYM'nin yasanın açıkça anayasaya uygun olmadığı veya aykırı olduğu hallerde sadece ihlal kararı vermesi ile yetinilmesi, etkin hukuk sisteminin değil, hukuki sorunların sürekli ötelenmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu konuyla ilgili olarak AİHM'in, bir uygulamanın yasadan kaynaklandığı ve yeniden benzeri sonuçların ortaya çıkma olasılığı varsa, açıkça yasa hükmü için AİHM'e başvuru mümkün olmadığı (en azından öyle kabul edildiği) halde, uygulanmamış yasanın sözleşmeye aykırılığına karar verilmesinde olduğu gibi,<sup>166</sup> örneğin, CMK'nın 231'inci maddesinin uygulanmaması gereken fiiller bakımından uygulanma olasılığı varsa (ki bizde böyle uygulamanın sayısının fazla olduğu istatistiklerle sabittir), bu hallerde geneli ilgilendiren uygulama yapılması için bireysel başvuruda somut norm denetiminin yapılmasının sağlanması gerekir.

<sup>165</sup> *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, KT: 21/2/1975, § 38. Aktaran AYM, Birinci Bölüm, B. No: 2013/3673, KT: 11.12.2014, para. 24.

<sup>166</sup> AİHM, 2. Daire Kararı, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, Başvuru No: 27520/07, KT: 25.10.2011.



Böyle bir uygulamanın yeri davaya bakmakta olan mahkemede somut norm denetiminin sağlanması veya bireysel başvuru üzerine AYM'nin verdiği ihlal kararlarından anlaşılıyor dolayısıyla yasa koyucu değişiklik gerçekleştirebilir denebilir. İşte bu tür yaklaşımlar hak aramayı zorlaştırıyor, zamana yayıyor, insanlar uygulamadan mağdur oluyor. Çünkü, örneğin, AYM'nin cinsel saldırı suçuyla ilgili verdiği kararda, sanığa verilen ceza için HAGB kararı verilmesi ihlal olarak kabul edildiği halde,<sup>167</sup> ihlal kararı doğrultusunda parlamento yeni bir düzenleme yapmadı. Şimdi bu makalede ele aldığımız olayda da kötü muamele suçuyla ilgili olarak sanık hakkında HAGB kararı verilmesi ihlal sayıldı,<sup>168</sup> ama aradan geçen süreye rağmen parlamento bu konuda değerlendirme yapmadı.

Yasa yolunun etkili olması sadece, teknik anlamda yasa yolları şeklinde anlaşılmamalıdır. Yasa yolu, ilk dereceden en üst yargı organına ulaşılmaya kadarki tüm evrelerde mevcut olmalıdır. Bizde, bazı konularla ilgili olarak yasa yolunun hukuka yeterince uygun işletilmediği mahkeme kararlarına yansıtılmış bir gerçek.<sup>169</sup>

Bu durumda, ana kural olarak her konuyla ilgili belli yollar olsa da, kimi durumlarda geneli ilgilendiren hukuki sorunlar varsa ve bu hukuki sorunlar uzun bir süre devam ediyor, bundan insanlar zarar görüyorsa, hukuka aykırılık hangi evrede tespit edilirse o evrede hukuk aykırılığı giderici uygulama yapılmazsa, hukuki sorunlar kartopu gibi artıyor. Böyle bir durumdan da tüm ülke zarar görüyor. Yargı reformlarının ana çizgisi, hukukun daha güvenceli hale getirilmesidir. Elbette yargı organı, anayasa, yasa ve hukuka uygun vicdani kanaatiyle karar verecek (Anayasa, m.138/1). Ancak, katı pozitivist yaklaşımdan zarar görüldüğü kadar, yasayı görmemezlikten gelerek uygulama yapılmasından da zarar görülebilmektedir. Fakat, yargı organının bir konuyla ilgili olarak onlarca, yüzlerce karar vermesine rağmen hatalı uygulama devam ediyor ve bundan tüm yurttaşlar olumsuz etkileniyorsa, yargının hakkın teslimini sağlayacak çıkış yollarını bulması gerekir. İçtihat hukukunun doğuşu böyle olmuştur.<sup>170</sup> Çünkü, "*Mahkeme*

<sup>167</sup> AYM, Genel Kurul, B. No: 2014/19112, KT: 17.5.2018, para. 67-68; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.

<sup>168</sup> AYM, İkinci Bölüm, B. No: 2014/19954, KT: 12.6.2018, para. 58; Benzeri kararlar için bkz. AYM, Birinci Bölüm, 2013/293, 17.7.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153, para. 127; B. No: 2013/2438, KT: 9.9.2015, para. 105.

<sup>169</sup> Bu konuda AYM ve AİHM'in ihlal kararlarına bakılabilir. Örneğin, AİHM'in Türkiye'de etkili başvuru yolu olmadığı konusunda çık sayıda kararı var. İbrahim Şahbaz, '*AİHM'nin Türkiye'de Etkin Başvuru Yolu Bulunmadığına İlişkin Kararları*', Yargıtay Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 1-2, Yıl: 2012, s. 45-78.

<sup>170</sup> İçtihat hukukunun doğuşu ile ilgili çalışmalara göz attığımızda şunları görüyoruz: "Roma hukukundan köklerini alan Batı hukukunun içtihat hukuku olarak gelişim tarihi onuncu yüzyıla kadar gidebilmektedir. Hukuksal bir kararı ortaya koyabilmek için önceki davalarda verilen kararların esas alınması geleneğinin doğmasıyla Roma hukukunun yazılı yasa geleneğinden uzaklaşmış ve içtihat hukuku gelişmeye başlamıştır". Bkz. Ayşe Özkan Duvar, '*İnsan Hakları Hukukunun İçtihat Kaynakları*', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Sayı: 4, Yıl: 2016, s. 139.

kararları mevzuatın uygulamadaki neticesi olmakla beraber, mevzuatta yer almayan, yazılı olmayan temel hak ve hürriyetlerin ve ilkelerin geliştirilmesine de hizmet eder niteliktedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması alanındaki her bir ileri adım, tüm hukuk dallarının gelişimine katkıda bulunabilecek potansiyelindedir. Bundan yola çıkılarak yirmi birinci yüz yıl Avrupasında mahkemelerin, ülkelerin ulusal anayasalarının başgardiyani olarak işleme gerektiği” görüşünün benimsendiğine tanık olunmaktadır.<sup>171</sup>

Nihayet, AYM, 1990 yılında verdiği kararında, 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda yer alan ve eşitliği kadın aleyhine bozan tüm hükümleri tespit etmiş<sup>172</sup> ve yasama organı yıllar sonra 743 sayılı yasadaki değişiklik yeni yasayı kabul etmiştir.<sup>173</sup> Makalemizde dikkat çektiğimiz iki kararında da AYM, somut fiiller bakımından (cinsel saldırı ve kolluğun güç kullanması) sanık hakkında 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinin uygulanmasının Anayasa’nın 17’nci maddesinin ihlali olarak kabul ettiği halde, gerek bölüm bireysel başvuru incelemesinde, gerek genel kurul somut norm denetimi yapmayıp, 231’inci maddenin açıkça hangi suçlar bakımından uygulanabileceği konusunda yasallık ilkesine uygun yeni bir düzenleme yapılmasını sağlamak üzere yasama organına bu konuda özel bilgilendirmede de bulunmadığı anlaşılmıştır.

Ancak AYM’nin bir çok kararında yasadaki belirsizlikler veya değerlendirme yapılması için yasama organına bilgi verdiği,<sup>174</sup> çağrıda bulunduğu anlaşılmaktadır.<sup>175</sup>

AYM Genel Kurulu yeni bir kararında, Anayasanın 14, 26, 83/2 ve 67’nci maddeleri yönünden yaptığı değerlendirmede şunlara işaret etmiştir: “başvurucunun yargılama sırasında milletvekili olması, başvuruya konu olayın dokunulmazlığın istisnalarından birini oluşturması ve Anayasa Mahkemesi kararının bu

<sup>171</sup> Duvan, s. 164.

<sup>172</sup> AYM, E. 1990/30, K. 1990/31, KT: 29.11.1990; R.G.: 02.07.1992, Sayı: 21272.

<sup>173</sup> Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22.11.2001; R.G.: 8.12.2001, Sayı: 24607.

<sup>174</sup> AYM Genel Kurulunun bireysel başvuru kararlarını muhatabının TBMM olması sebebiyle beş bireysel başvuru kararı sonucunda konuyu TBMM başkanlığına gönderilmesi üzerinde bir çalışma için bkz. Abbas Kılıç, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirmesi’, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 99 vd.

<sup>175</sup> Göztepe haklı olarak şuna dikkat çekmektedir: “Anayasa Mahkemesi, peş peşe ve aynı konuda verdiği birçok ihlal kararından sonra kanundan kaynaklanan yapısal sorunların yani uygulayıcıların Anayasa’ya uygun yorum yaparak ya da takdir yetkisini kullanarak başka türlü bir sonuca ulaşma şanslarının olmadığı durumlarda kanunun değiştirilmesi için TBMM’ye çağrı yaptığı bir karar türü geliştirmiştir. Kanundan değil ama uygulamadan doğan yapısal sorunların giderilmesi için de sorumlu kurumlara “dolaylı çağrı” olarak nitelendirilebilecek yön gösterici kararlar; Mahkeme’nin Bilgi Bankası’nda giderek artmaktadır”. Ece Göztepe, ‘Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı ‘Çağrı Kararları’ Üzerine Bir İnceleme’, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı 1, Yıl: 2021, s. 43–83.



*konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi gerektiği değerlendirilmiştir*.<sup>176</sup>

Gerçekte, “AYM’nin görev ve yetkisi sadece düzeltici şekilde hak ihlallerini tespit edip onarıcı adaleti sağlamaya çalışmakla sınırlı olamaz. Mahkeme aynı zamanda mevcut deneyimlerini, önleyici bir adalet anlayışını gerçekleştirecek şekilde gelecekteki hak ihlallerini önlemek için de kullanmak zorundadır”.<sup>177</sup>

Bence bunun en önemli yollarından biri, bireysel başvuruda, açıkça yasak olmaması da gözetilerek, anayasaya aykırı yasanın uygulanması nedeniyle ihlal kararı verilen hallerde, somut norm denetiminin işletilmesi yoluyla hukuka nefes aldırma adımını atmasıdır. Çünkü bireysel başvuru hem “sübjektif”, hem “objektif” yönü olan bir davadır.<sup>178</sup> Böyle bir davada, AYM bölümünün, mahkeme kararının anayasaya aykırılığından ihlal kararı verdiğine göre, önündeki davaya uygulanan yasanın anayasaya aykırılık ön sorununu çözümledikten sonra kararını vermesi gerekirdi. Çünkü, bu konuda açık bir düzenlemeye gerek de yoktur. Zira bireysel başvuru bir dava olduğuna göre, diğer davalar gibi, burada da anayasaya aykırılık sorununun çözümlenmesi gerekirdi. AYM bölümünün ihlal kararında, yasanın uygulanmasını gösteren dava mahkemesi kararının anayasaya aykırılığına karar verilmesine ilişkin gerekçesi (ihlal kararı verilmesi bunu gösterir) karşısında, yasa hükmünün ön sorun yoluyla anayasaya uygunluk denetiminin yapılmamasının hukuka uygun olmadığı kanısındayım. Diğer yandan bireysel başvuru öyle bir dava ki, ihlal kararı verildikten sonra, AYM’nin iptal kararından farklı olarak geriye doğru da sonuç doğurabilmektedir.<sup>179</sup>

<sup>176</sup> AYM, anayasa ve yasada “belirsizlik” olması nedeniyle ihlal kararı ile birlikte yasama organına bildirim karar vermiştir: “198. Diğer taraftan mevcut başvuruda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden ulaşılan ihlal, yasama dokunulmazlığına ilişkin olarak Cumhuriyet savcılıklarının veya derece mahkemelerinin Anayasa’ya uygun yorum yapmalarına imkân verecek açıklıkta bir Anayasa veya kanun hükmünün bulunmamasından kaynaklanmıştır.

199. Anayasa’nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında görülen bir suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle yetkili adli makamlarca yasama dokunulmazlığının bulunmadığının tespiti yönteminin hukuk alanında etkin bir şekilde uygulanabilmesi için gerek 14. maddede ki durumlar kapsamına giren suçların belirlenmesi ve gerekse de usul ve esasa ilişkin güvencelerin bulunduğu bir yasal sistemin kurulması konusunda takdir yetkisi yasama organına aittir.

200. Bununla birlikte böyle bir kanunun çıkartılmaması anayasal bir boşluk meydana getirmeyecektir. Zira Anayasa’nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan dokunulmazlıkların Meclisçe kaldırılması usulünün tüm suçlar yönünden uygulanması mümkündür.

201. Bu itibarla başvuruçunun yargılama sırasında milletvekili olması, başvuruya konu olayın dokunulmazlığın istisnalarından birini oluşturması ve Anayasa Mahkemesi kararının bu konudaki anayasal ve yasal belirsizliği ortaya koyması nedeniyle kararın bir örneğinin bilgi için yasama organına gönderilmesi gerektiği değerlendirilmiştir” (AYM, Genel Kurul, B. No: 2019/10634, KT: 01.07.2021, para. 198-201; R.G.: 8.7.2021, Sayı: 31535).

<sup>177</sup> Göztepe, 2021, s. 78.

<sup>178</sup> Karan, 2018, s. 125-126, 134, 169.

<sup>179</sup> Karan, 2018, s. 130.

İşte bu makalede üzerinde durmak ve dikkat çekmek istediğimiz husus, insan haklarına saygılı (Anayasa, m.2)/insan haklarına dayalı (Anayasa, m.14/1) hukuk devletinde, uygulanması halinde anayasaya aykırı sonuçlar ortaya çıkmasına sebebiyet veren yasaların bireysel başvuruda somut norm denetimi yolunun işlenmesi yönünde içtihat geliştirilmesi zorunluluğudur.<sup>180</sup> Aksi halde, yasanın uygulanmasıyla anayasaya aykırı uygulama yapıldığının tespiti ve sadece belli olaylar bakımından ihlal kararı verilmesi, ancak açıkça anayasaya aykırı yasaların hukuk dünyasında varlığını sürdürmesine olur verilmiş olmaktadır.<sup>181</sup>

<sup>180</sup> Almanya'daki kabulle ilgili şuna işaret edilmektedir: “Almanya’daki ‘çağrı kararları’, soyut ya da somut norm denetimi doğrudan yasaya karşı yapılan ya da mahkeme kararlarına karşı gidilmiş olan bireysel başvuru sürecinde işlemin dayanağını oluşturan kanunun anayasaya aykırılığı iddiasının incelenmesi yoluyla ortaya çıkan bir karar türüdür” (Göztepe, 2021, s. 47).

<sup>181</sup> Göztepe’nin tespit ettiği gibi, “Bireysel başvuru dolayısıyla somut norm denetimi yapılamamasının normatif olarak açıkça düzenlenmemiş olması, Türk hukuk düzeninde (...) bazı sorunların da kaynağını oluşturmaktadır” (Göztepe, 2021, s. 58 vd.); “ihlal kararının gerekçesi işleme dayanak oluşturan normun anayasaya aykırılığından kaynaklanıyorsa Mahkeme’nin normun anayasaya aykırılığını incelemesi usul ekonomisi bakımından kaçınılmaz görünmektedir. Aksi hâlde Mahkeme ya her seferinde TBMM’ye doğrudan çağrı kararı vererek düzenlemenin değiştirilmesini bekleyecek ya da kendi iş yükünü birbirini tekrar eden ihlal gerekçeleriyle artırarak yargılamanın yenilenmesi kararından sonra davaya yeniden bakmaya başlayan mahkemenin (ilk derece ya da temyiz mercii fark etmeksizin) somut norm denetimi yoluna başvurmasını bekleyecektir. Oysa bireysel başvuru dolayısıyları somut norm denetimini yapmak hem usul ekonomisi bakımından hem de hak ihlallerinin en hızlı şekilde engellenmesini sağlayacağından en etkili çaredir” (Göztepe, 2021, s. 67-68).

**KAYNAKÇA**

- ALİFENDİOĞLU**, Yılmaz, *Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu*, Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s. 101-137.
- Anayasa Mahkemesi Kararları (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/anasayfa/>).
- AYDIN**, Öykü Didem, *Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 4, Yıl: 2011, s. 121-170.
- BAŞ**, Eylem, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından 1982 Anayasası'nın 152. Maddesinin 1. Fıkrasında Yer Alan "Mahkeme" Kavramı*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 29, Sayı 1, Yıl: 2021, s. 469-508 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1625169>: Siteyi ziyaret tarihi: 01.08.2021).
- BAŞTÜRK**, İhsan, *Hükmün Açıklanmasının Ertelemesi*, İkinci Baskı, Bilge Yayınevi, 2021.
- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2020.
- CHEVALLIER**, Jacques, *Hukuk Devleti*, Çeviren: Ertuğrul Cenk Gürcan, 1. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- DÖNER**, Ayhan / **ÇELİK**, Yeşim, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları*, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE), IX-I, 2016, s. 275-294.
- DUVAN**, Ayşe Özkan, *İnsan Hakları Hukukunun İctihadî Kaynakları*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Sayı: 4, Yıl: 2016, ss. 137-169.
- FALCIOĞLU**, Mete Özgür, *Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Dönemi*, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Aralık 2015, s. 65-88.
- FEYZİOĞLU**, Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi*, 1. Baskı, AÜSBF Yayını, Ankara, 1951.
- GÖKCEN**, Ahmet / **BALCI**, Murat / **ALŞAHİN**, M. Emin / **ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- GÖZLER**, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25. Baskı, Ekin Yay., Bursa, Haziran 2020.
- GÖZTEPE**, Ece, *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı 'Çağrı Kararları' Üzerine Bir İnceleme*, Cilt: 38, Sayı 1, Yıl: 2021, s. 43-83.
- GÜNEŞ**, Seyithan, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- İBA**, Şeref / **KILIÇ**, Abbas, *Anayasa Yargısı Dersleri*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- İNCEOĞLU**, Sibel, *Norm Temelli Denetimden Olay Temelli Denetime İHAS'a Uyum Işığında Bir Değerlendirme*, Anayasa Yargısı 30, 2013, s. 83-106.
- İNCEOĞLU**, Sibel, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, XII Levha yay. İstanbul 2017.

- KABOĞLU**, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı*, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.
- KANADOĞLU**, Osman Korkut / **DUYGUN**, Ahmet Mert, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 1. Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, 2020.
- KANADOĞLU**, O. Korkut, *Anayasa Mahkemesi*, 1. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2004.
- KAPLAN**, Recep, *Kanuna Karşı Bireysel Başvuru*, Bireysel Başvuru İncelemeleri I, Editörler: Dr. Musa Sağlam, Dr. Serdar Güleler, Dr. Recep Kaplan, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara, 2013, s. 155-195.
- KARAMUSTAFAOĞLU**, Tunçer, *İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 31, Sayı 1, Yıl: 1974, s. 47-52.
- KARAN**, Ulaş, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, Birinci Baskı, On İki Levha Yay., İstanbul, Ekim 2018.
- KILIÇ**, Abbas, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirmesi*, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 85–126.
- KIRATLI**, Metin, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, 1. Baskı, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1966.
- KÖKÜSARI**, İsmail, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Genişlemesi ve Uluslararasılaşmasındaki Etkisi*, *Anayasa Yargısı*, 33, 2016, s. 303-318.
- Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, C. 4, Toplantı: 1, S. Sayısı: 54.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar / **TEPE**, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **MERAKLI**, Serkan, *Karar İncelemesi Hükmünün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz Üzerine Yapılacak Denetim*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan,, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2013, s. 221-236.
- ÖZBUDUN**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2020.
- SAĞLAM**, Fazıl, *Anayasa Şikayetini Bekleyen Sorunlar*, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara, Nisan 2011.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar*, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Panel, Ankara 2011, s. 71-127.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *AİHM'nin Türkiye'de Etkin Başvuru Yolu Bulunmadığına İlişkin Kararları*, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 38, Sayı: 1-2, Ocak-Nisan 2012, s. 45-78.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Adli Yargı Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru*, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 2016, Cilt: 42, Sayı: 3, s. 511-566.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt: 2, 1. Baskı, Yetkin Yay., Ankara, 2020, s. 2416 vd.
- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Sayıştay Yüksek Mahkeme Değildir*, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Sayı: 108, 15 Kasım 2000, s. 36-43.

- ŞAHBAZ**, İbrahim, *Hak Arama Özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2. Cilt, 10 Ocak-14 Ocak 2012, Ankara, s. 201-242.
- ŞİRİN**, Tolga, *Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi*, s. 49 vd. (<https://docplayer.biz.tr/1198580-Ucuncu-yilda-bir-bilanco-turkiye-anayasa-mahkemesi-nin-bireysel-basvuru-anayasa-sikayeti-usulunun-ve-kararlarinin-degerlendirilmesi.html>: Erişim Tarihi: 01.8.2021).
- TANÖR**, Bülent / **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2019.
- TEZİÇ**, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 24. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2020.
- TEZİÇ**, Erdoğan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi*, Anayasa Yargısı 3, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1986, s. 21-38; <https://anayasa.gov.tr/media/4842/tezic.pdf> (Erişim Tarihi: 01.8.2021).
- YALÇIN**, Can, *Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Birinci Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2021.
- Yargıtay Kararları (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>; siteyi ziyaret tarihi: 01.8.2021).
- YENİSEY**, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2016.
- YURTCAN**, Erdener, *Ceza Davalarında Seri Yargılama ve Basit Yargılama*, Aristo, İstanbul, 2020.
- ZARİFOĞLU**, Ayça Ece, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda İnternet Özgürlüğü*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019. (<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000385.pdf>: Erişim Tarihi: 01.8.2021).

## İçtihatlar

### A. AYM Kararları

- AYM, Genel Kurul, 2018/8903, 15.4.2021, para. 172; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.
- AYM, Genel Kurul, 2018/8903, 15.4.2021, para. 173; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.
- AYM, Genel Kurul, 2018/8903, 15.4.2021, para. 174; R.G.: 30.6.2021, Sayı: 31527.
- AYM, İkinci Bölüm, 2016/3122, 28.5.2019.
- AYM, Genel Kurul, 2020/102, 2021/1, 14.1.2021; R.G.: 25.2.2021, Sayı: 31406.
- AYM, Genel Kurulu, 2013/1827, 25.2.2016, par. 48; R.G.: 23.3.2016, Sayı: 29662.
- AYM, 1981/10, 1983/16, 8.12.1983.
- AYM, 1980/2, 1980/57, 18.11.1980.
- AYM, 1964/51, 1965/3, 12.1.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 19 vd.
- AYM, 1967/15, 1967/15, 30.5.1967, AMKD, Sayı: 5, s. 119 vd.
- AYM, 1992/12, 1992/7, 18.2.1992, AMKD. Sayı: 28, Cilt: 1, Ankara 1993, (ss. 135-142).

- AYM, 1963/46, 1963/43, 28.2.1963, AMKD, Sayı: 1, s. 113-115.
- AYM, 1966/16, 1966/28, 27.6.1967, AMKD, Sayı: 4, s. 172 vd.
- AYM, 1965/18, 1965/53, 11.10.1965, AMKD, Sayı: 3, s. 242 vd.
- AYM, 1990/39, 1991/21, 11.7.1991, AMKD, Sayı: 27, Cilt: 1, s. 452 vd.
- AYM, 1969/46, 1970/2, 6.1.1970.
- AYM, 1976/9, 1976/10, 2.3.1976.
- AYM, 1963/41, 1963/94, 22.4.1963.
- AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, KT: 17.8.1971 ve 19.8.1971, AMKD, Sayı: 11, s. 52-96.
- AYM, 2012/102, 2012/207, 27.12.2012.
- AYM, 2014/172, 2014/170, 13.11.2014; R.G.: 10.01.2014, Sayı: 29232.
- AYM, Birinci Bölüm, 2013/3912, 6.2.2014, para. 32 vd.
- AYM, Genel Kurul, 2015/6723, 14.7.2015, R.G.: 7.10.2015, Sayı: 29495.
- AYM, 2005/11, 2005/9, 10.2.2005.
- AYM, 1996/4, 1996/39, 17.10.1996, AMKD, Sayı: 32, Cilt: 2, Ankara, 1997, s. 831.
- AYM, 1970/46, 1971/24, 2.3.1971, AMKD, Sayı: 9, Ankara 1972, s. 340 vd.
- AYM, 1971/28, 1971/64, 8.7.1971.
- AYM, 2018/8, 2018/85, 11.07.2018.
- AYM, 2020/62, 2020/69, 12.11.2020, para. 2.
- AYM, 2020/92, 2020/71, 10.12.2020, para. 2.
- AYM, 1972/47, 1972/56, 21.11.1972; R.G.: 5.2.1972, Sayı: 14439.
- AYM, 1966/25, 1965/57, 26.10.1965.
- AYM, Birinci Bölüm, 2013/293, 17.07.2014; R.G.: 22.10.2014, Sayı: 29153.
- AYM, B. No: 2013/2438, 9.9.2015, para. 105.
- AYM, B. No: 2013/3017, 16.12.2015.
- AYM, İkinci Bölüm, 2014/19954, 12.6.2018, para. 27 vd.
- AYM, Genel Kurul kararı, 2014/8875, 7/6/2018; R.G.: 1/8/2018, Sayı: 30496.
- AYM, İkinci Bölüm, 2015/3324, 26.2.20120; R.G.: 14.4.2010, Sayı: 31099.
- AYM, (2) [GK], B. No: 2018/3007, 15.3.2018, para. 57.
- AYM, Genel Kurul, 2014/8875, 7.6.2018, para. 56; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.
- AYM, (2), B. No: 2016/12506, 7.11.2019, para. 59.
- AYM, 01.03.2012, 2011/59, 2012/34, 01.03.2012.
- AYM, 2012/837, 05.03.2013.
- AYM, 2013/469, 16.04.2013.
- AYM, 2012/237, 26.03.2013.
- AYM, 2011/41, 2012/25, 16.2.2012.
- AYM, 2007/14, 2009/48, 12.4.2009.

- AYM, Genel Kurul, 2013/9381, 3.3.2016.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2015/2285, 21.3.2019, para. 23 vd.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2013/5444, 6.1.2016, para. 67.  
 AYM, B. No: 2012/1027, 12.2.2013, para. 26.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2012/869, 16.4.2013.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2018/12600, 28.1.2021, para. 39-40; R.G.: 4.3.2021, Sayı: 31413.  
 AYM, Genel Kurul, 2014/19112, 17.5.2018, para. 67-68; R.G.: 1.8.2018, Sayı: 30496.  
 AYM, Genel Kurul, 2007/14, 2009/48, 12.4.2009.  
 AYM, 2020/27, 2020/52, 24.9.2020; R.G.: 17.11.2020, Sayı: 31307.  
 AYM, Genel Kurul, 2018/35039, 15.4.2021; R.G.: 8.6.2021, Sayı: 31505.  
 AYM, Birinci Bölüm, 2013/3673, 11.12.2014, para. 24.  
 AYM, E.: 2003/21, K.: 2003/13, 01.04.2003.  
 AYM, 1990/30, 1990/31, 29.11.1990; R.G.: 02.07.1992, Sayı: 21272.  
 AYM, Genel Kurul, 2019/10634, 01.07.2021, para. 201; R.G.: 8.7.2021, Sayı: 31535.

### **B. AİHM Kararları**

- AİHM, *Belilos/İsviçre*, B. No: 10328/83, 28.4.1988, para. 64 vd. ile 70.  
 AİHM, *Findlay/İngiltere*, B. No: 22107/93, 25.2.1997, para. 77.  
 AİHM, *Taylan/Türkiye*, B.No: 32051/09, 3.7.2012, para. 46.  
 AİHM, Ahmet Yıldırım V., 2. Dairesi, Esas: 2010/3111, 18.12.2012 (<https://www.eralp.av.tr/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-2-dairesi-esas-20103111-karar-2012/>; Erişim Tarihi: 01.08.2021).  
 AİHM., *Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, para. 38.  
 AİHM, 2. Daire Kararı, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, 25 Ekim 2011, Başvuru No: 27520/07.  
 AİHM, *Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2.11.2004, para. 55.  
 AİHM, *Eski/Türkiye*, B. No: 8354/04, 5.6.2012, para. 34.

### **C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları**

- CGK, 2017/12-443, 2019/4, 15.01.2019.  
 CGK, 2012/3-909, 2014/121, 11.03.2014.  
 CGK, 2014/4-806, 2015/167, 26.5.2015.  
 CGK, 2016/4-468, 2019/502, 25.6.2019.  
 CGK, 2007/9-282, 2008/44, 04.03.2008.  
 CGK, 2012/10-534, 2013/15, 22.01.2013.  
 CGK, 2009/4-13, 2009/12, 03.02.2009.





# Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm

## Identity Issue of Our Legal System (I): Natural Law-Legal Positivism

Dr. Öğr. Üyesi **Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER\***

### Öz:

Hukuk sistemimiz, hukuk eğitimimiz ve hukuk uygulamamız üzerine eleştiriler dile getiriliyor. “Yeteri kadar bizim olmamakla” suçlanıyor sistem, adalet ilkesine yeteri kadar dayanmamakla, fazla pozitivist olmakla; hâkimin etki altında kalmasından, hukukun bir türlü bağımsızlığını kazanamamasından yakınıyor. Bu tarz eleştiriler hukuk felsefesi alanındaki en temel, en eski ve belki de sonuçsuz tartışmalardan biri olan doğal hukukçularla hukuki pozitivistler arasındaki tartışma ekseninde şekillenip başka hukuk okullarının doğmasına da olanak vermektedir. Kürsülerde hocalar, kendilerini yakın hissettikleri ideoloji ekseninde daha iyi ve daha adil hukukun nasıl olması gerektiğini dile getirirlerken, hukukun aslında tek gövdede üç başa sahip bir canlının başlarından biri olduğunu ve diğer iki başın ekonomi ve siyaset olduğunu unuturlar. Bu çalışmada odaklanılan konu, Türk Hukuk Sistemi’nin yakın olduğu, daha fazla özelliğine sahip olduğu bir hukuk okulunun olup olmadığı sorusudur. Uygulayıcının ve yasa koyucunun başlangıç noktasında hangi felsefi düşüncenin etkin olduğu sorusunun yanıtı aranmaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Doğal Hukuk, Hukuki Pozitivizm, Finnis, Fuller, Bentham.

### Abstract:

Criticisms have been voiced about our legal system, our legal education, and our legal practice. The system is accused of “not being ours enough”, not relying enough on the principle of justice, being too positivist; It is complained that the judge is under the influence and that the law cannot gain its independence. Such criticisms are shaped in the axis of the debate between natural lawyers and legal positivists, which is one of the most fundamental, oldest and perhaps inconclusive debates in the field of legal philosophy, and also allows the emergence of other schools of jurisprudence. While the professors are expressing how a better and fairer law should be based on the ideology they feel close

(\*) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

E-posta: fatma.sahin@hbv.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0028-2661>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 27.10.2021.

Makale Kabul Tarihi: 28.12.2021.

to, they forget that the law is actually one of the heads of a living thing with three heads in one body, and that the other two heads are economy and politics. The focus of this study is the question of whether there are schools of jurisprudence that the Turkish Legal System is close to and includes more features of that schools. This work seeks an answer to the question that which philosophical thought is effective on the starting point of legal practitioners and lawmakers.

**Keywords:**

Natural Law Theory, Legal Positivism, Finnis, Fuller, Bentham.

## GİRİŞ

Herhangi bir topluluk içerisinde, sosyal yaşamın sürmesi isteniyorsa, belli bir ölçüde bir düzen ya da düzenliliğin güvence altına alınması zorunludur. Bu zorunluluğun her zaman itaatle karşılanması da gerekli değildir. İtaatin temin edilmesinde, uzlaşma ve zor kullanma arasında bir çeşit özel denge vardır. Söz konusu bu denge ister uzlaşmaya ister zor kullanmaya dayanarak oluşturulmuş olsun, toplumsal düzen, toplum üyeleri arasında gündelik yaşam faaliyetlerinin nasıl düzenleneceği ve belirli bir bağlamda kabul edilebilir olan ve olmayan davranışların neler olduğuna dair var olan belirli bir anlayışa dayanır. X'in aşına olduğu durumlarda Y nasıl tepki verecektir? Y'nin tepkisi X tarafından nasıl karşılanacaktır? X ve Y için hem kendi davranışlarını hem de birbirinin davranışını tahmin etmeyi sağlayacak bir sistemin varlığı şarttır. Öte yandan her toplumun üyelerinin göstereceği sürtüşme ve düzensizlik ve bunlara gösterilecek tahammül toplumdaki topluma değişecektir. Fakat bu değişime rağmen ortak olan talep, çocuk yetiştirilmesi, yiyecek-içecek ve barınak sağlanması için yapılacak tutarlı düzenlemelerdir. Bunun gerçekleşmesi için söz konusu olan, çeşitli toplumlar içerisinde ve o toplumların temas halinde bulunduğu kendileri dışındaki diğer toplumlar arasında zaman içerisinde süreklilik gösteren bir düzen unsurunun varlığıdır.<sup>1</sup>

“Bilmek”, salt düzen ya da düzenlilik ve hayatı planlayabilmek için değil ayrıca insanın toplum ve toplumsal kurumlar inşa etmek için ve kendi bireysel varlığını sürdürebilmek için de gereksinim duyduğu bir ihtiyaçtır. Bunların yokluğu halinde insan, sonsuz olasılıklar içerisinde kaybolur. Bu kayboluş içerisinde benliğinde korkuyu hisseder. Korku, gerçek, somut bir tehlikenin ya da soyut, varlığı şüpheli, tanımlanamayan bir tehlikenin uyandırdığı endişe durumunu tanımlamaktadır. Bildiğimiz korkular nelerdir? Üniversite sınavını kazanamamak, hakimlik-savcılık sınavını kazanamamak, doktora yeterlilikten kalmak, tezimizi bitirememek, işsiz kalmak, işten atılmak, sağlık güvencesinden yoksun olmak, evsiz kalmak, faturaları ödeyememek, covid-19 pandemisi, Bill Gates tarafından vücuduna çip yerleştirilmesi, sevdiklerinin ölmesi, çocuğunun olmaması, evlenememek, boşanmak,

<sup>1</sup> Simon Roberts, *Hukuk Antropolojisine Giriş*, (çev. A. Erkan Koca), Birleşik Yayınevi, 2017, s. 27, 28.

aldatılmak, aç kalmak, susuz kalmak, ölmek, başarısız olmak, esir olmak... vb. Korku, insan için en gerçek duygudur. Korku, tarih boyunca tüm insanlık için korkulan şeyler farklı olsa da ortak olandır. Korkunun temel tetikleyicisi de bilinmezlik ya da doğa olayları, afetler ya da diğer değişimler karşısında kontrol gücünün yetersiz olmasıdır.<sup>2</sup> Hukukun temel işlevi de bilinmezlik ve öngörülemezlik karşısında hissedilen acizlik kaynaklı korkunun ortadan kaldırılması ve bu sayede kişinin kendisini insan varlık olarak oluşturabileceği bir ortamın yaratılmasıdır, diğer bir deyişle kişiye öngörülebilir ilişkiler ve kurumlar gerçekleştirme olanağı sunmasıdır. Hukuk, tüm bunlara olanak vermek için insanın ürettiği bir şeydir. Hukuk üretilmiştir, çünkü hukuk olmadan önce diğer bir deyişle üretilmeden önce, oluşuna-üretimine öncelik eden bir düşünce insan aklında o henüz dış dünyada somutlaşmadan önce ortaya çıkar ve ardından somutlaşır. Üretilmiş olan diğer nesnelere, imgelere ve işaretlere gibi hukuk da insanın bir amaç için ürettiği bir icattır.<sup>3</sup> İnsanın kendisi için oluşturduğu bu anlam dünyası, sonraki nesillere dil aracılığıyla aktarılır, diğer bir deyişle toplum adı verilen doku, insanların birbirine bağlandığı dil bağları oluşturulmuştur. Her insan, henüz doğmadan önce bir uzamın içine yerleştirilir, nesiller zincirinde bir yer edinir, ona bir isim verilir. Doğduktan sonra ise, toplum içinde “ben” olarak kendini anlamlandırmadan önce bir hukuk öznesi olarak varlık kazanır. Örneğin TMK madde 28: “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlü sona erer*” bunun tipik bir örneğidir. Gündelik hayatta, insanları bir arada tutan iki hukuki bağ türünden söz edebiliriz: *yasa ve sözleşme*. Yasa, bize irademiz dışında hükmeden, sözleşme ise başkalarıyla yapılan özgür bir anlaşmadan kaynaklanan metinlerden ve sözlerden oluşur. Herkes, yaptığı sözleşmelerden önce, yasa tarafından ona tanınan *ahvâl-i şahsiyyeden* doğan yükümlülüklerle tâbidir. Tüm sözlerimiz bizim için bağlayıcı değildir. Örneğin, bu makalede ileri sürülen görüşleri ömür boyu savunmak zorunda değilim, çok kısa bir zaman sonra kendimi geçersiz kılan başka bir görüş ileri sürebilirim. Ama öte yandan beni yükümlü kılan ve başkasına bağlayan ve benden kaynaklanmayan metinler de söz konusudur. Çünkü bir insan yaşamı boyunca söylenmeden ve açıkça kabul edilmeden insan üzerinde güce sahip olan sözler zorunlu olarak öne çıkarlar. İşte yasa ve sözleşme kavramları böylece birbirine sıkı sıkıya bağlanırlar ve her ikisi de sözlerine sadık olanların sözün tutulmasına ilişkin inançlarından kaynaklanırlar. Böylece hukuk, insanın sembolik ve biyolojik yönünün birleşmesinin bir ürünü olarak karşımıza çıkar.<sup>4</sup> Ürün, üretim sürecinin ve üretenin/üretenlerin izini taşır. Örneğin, elimize aldığımız el yapımı bir cam bardakta üretimin izlerini görmemiz mümkündür. Benzer şekilde, terzi tarafından dikilen bir eteğin elle bastırılmış etek ucunda terzinin iğnesinin izini sürebiliriz.

<sup>2</sup> Buket Çakır, ‘*Belirsizlik ve Korkunun Yeni Düzenin Oluşmasına Katkısı*’, Istanbul Journal of Sociological Studies, Sayı: 36, Yıl: 2011, s. 64, 65.

<sup>3</sup> Alain Supiot, *Homo Juridicus*, (çev. Bilge Açımız Ünal), Dost Kitabevi, Ankara, 2014, s. 9.

<sup>4</sup> Supiot, s. 10, 11.

Bantlı üretim sonucu çıkan üründe ise üretenin değil de üretilen yer dahil hepsine sahip olan malikin izini görürüz, yani markasını. Markalar da bize ürünün aidiyetine ilişkin bilgi verirler, fakat buradaki üretim insanın sembolik dünyasına dairdir. Buradan hareketle nasıl ki, bardağımızın Crate & Barrel ya da eteğimizin Burberry etiketi taşınması insanın sembolik dünyasına dair olan üretimlerden biriyse, hukuk da bir yönüyle sembolik dünyamıza ait bir üründür ve ürünü ortaya koyanların izini sürmek mümkündür. Hukukun ya da günlük hayatta belirsizliği ortadan kaldırıp, öngörülebilirlik getirecek olan kuralların izini sürmek, bize o izi bırakan topluluğun dokusuna, rengine dair ipuçları verecektir. Bir kural sadece egemen istedi diye (ki egemeni de harekete geçiren bir sebep vardır elbette) ortaya çıkabileceği gibi çoğunlukla kuralın doğmasını zorunlu kılan koşullar sonucu ortaya çıkar. Örneğin, halk sağlığının korunması konusunda kendisini sorumlu hisseden bir iktidar tuz tüketimine yönelik sınırlama getirmek amacıyla lokantalardan tuzluğu kaldırtabilir ya da *babaları* tarafından *devlete emanet (!)* edilen *yetişkin üniversite öğrencisi genç kadınları* korumak için yurt giriş saatlerini erken saatler olarak ayarlayabilir. Söz konusu iki örnekte de görüleceği üzere ilan edilen her bir kuralın arkasında paternalist devlet anlayışının ve açık şekilde kitaplardaki hukukun bir parçası haline getirilmeyen ama aslında varlığını sürdüren sosyolojik ve kültürel kodların izini görmek mümkün olacaktır.

Söz konusu ürünün (hukukun) nasıl daha iyi olacağına dair eleştiri ve öneriler bizi hukuk felsefesi okullarına götürmektedir. Her okul, kendi açısından bir eleştiri getirir ve ürünün aslında nasıl olması gerektiğine dair bir öneri geliştirir. Hukuk felsefesi alanındaki hukuk okullarının en başatlarının sözlük tanımlarını şu şekilde yapabiliriz:

- Doğal hukuk okulu: *“Hukuku bir bütün olarak haklılandırın ve her tür hukuk sisteminden önce gelen a priori öge, her tür hukukun ideal kaynağı ve bu idealden türeyen pozitif hukuku sınıma ölçütü, değişen kurallar ve yasalar karşısındaki değişmez hukuk kuralları bütünü olarak, değişen kurallar ve yasalar karşısındaki değişmez hukuk kuralları bütünü olarak, insan ya da toplumun özsel temel ya da asli doğasında temellenen ve uzlaşımından, toplum tarafından sonradan koyulan yasalar ve başka kurumsal değerlerden bağımsız olan hukuk.”*<sup>5</sup>
- Hukuki pozitivizm: Hukukun içeriği ve varlığı sosyal olgulara bağlıdır ve hukuk ve ahlak arasında zorunlu bir bağlantı yoktur olmak üzere iki temel teze dayanan hukuki pozitivizm hukukun doğasına ilişkin felsefi tartışmaya liderlik eder.<sup>6</sup>
- Hukuki realizm: Hukukun belirlilik ve bilinirliğine karşı şüpheli bir tavır takınan realistler özellikle yargı faaliyetini üzerine odaklanırlar. Hukuk, onla-

<sup>5</sup> Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 489.

<sup>6</sup> <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0065.xml> (erişim tarihi 20.03.2021).

ra göre, belirli sınırlar içerisinde hakimlerin, hukuk alanında çalışan resmi görevlilerin faaliyetlerinden ibarettir ve yapılacak en mantıklı şey yargılama sonucuna yönelik en doğru tahmini tutturmaaktır.<sup>7</sup>

- Eleştirel hukuk okulu: Hukukun zorunlu olarak sosyal meselelerle bağlı olduğunu ve özellikle doğasında önyargıların olduğunu iddia ederler.<sup>8</sup>
- Hukuki formalizm: Bu teoriye göre, kurallar bir kez üretildiğinde, hakimler sosyal meseleleri ya da kamu politikalarını dikkate almadan davanın çözümüne bu kuralları uygularlar. Yargıcın kararını gerekçelendirmek için ihtiyaç duyduğu meşru hukuki gerekçeler grubu her vaka için tek bir sonuç sunacaktır ve bu nedenle hukuk akli bir çıkarım olarak görülür.<sup>9</sup> Ülkemizde çoğunlukla hukuki pozitivizm ile hukuki formalizm birbirine karıştırılır.

Ama hukuk alanındaki temel tartışmanın başından beri iki süper star olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır: doğal hukuk ve hukuki pozitivizm. Okullar ve özellikle hukuki pozitivizm ile doğal hukuk arasında süren çatışmada, hukuk sistemimizde hangisinin özelliklerinin ağır bastığını ve hukuk sistemimizin eleştirildiği gibi pozitivist mi yoksa doğal hukukçu mu olduğu örnekler üzerinden incelenmeye çalışılacaktır.

Makalenin ilk bölümünde doğal hukukun ve ikinci bölümünde pozitivizmin herkesin malumu olan özellikleri kısaca özetlenecek ve hukuk sistemimizde doğal hukuka ve pozitivizme aykırı olan diğer bir ifadeyle her ikisine de uymayan hukuk kurum ve uygulamalarına örnekler verilecektir.

## I. DOĞAL HUKUK

Kişisel ve tarihsel bağlamlara indirgmeden doğal hukuk kavramını anlamlandırmak mümkün değildir. Bu, sadece soyut bir formülle ifade etmek olacaktır. Antik Yunan'dan günümüze dek var olan bir teörinin yeknesak olması beklenebilir, dolayısıyla tek bir doğal hukuk kuramından bahsedilemez.<sup>10</sup>

Doğal hukuk kuramı, evren, ahlak, hukuk arasında bağlantılar kurarak sistematik bir düşünüş tarzı geliştiren kuramdır. Doğal hukuk kuramı, bir hukuk felsefesi okulu olmaktan ziyade modern siyaset kuramının ve uluslararası hukukun gelişmesinde baş rol oynayan bir aktördür.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 2, 3.

<sup>8</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/critical\\_legal\\_theory](https://www.law.cornell.edu/wex/critical_legal_theory) (erişim tarihi 19.09.2021).

<sup>9</sup> [https://www.law.cornell.edu/wex/legal\\_formalism](https://www.law.cornell.edu/wex/legal_formalism) (erişim tarihi 19.09.2021).

<sup>10</sup> Sururi Aktaş, 'Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi', AÜEFĐ, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 3.

<sup>11</sup> H. Brian Bix, 'Doğal Hukuk: Modern Gelenek', (çev. Ertuğrul Uzun), DEÜHF Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl: 2004, s. 291.

Doğal hukuk okulu dendiği zaman akla ilk gelen isimler tarihsel bir çizgide Platon, Aristoteles, Cicero, Thomas Aquinas, Francisco Suarez, Hugo Grotius, Thomas Hobbes, John Locke ve Rousseau olacaktır. Bu kadar geniş bir tarih aralığında her dönem farklı düşünürler tarafından savunulan doğal hukukun tek bir kıyafetle karşımıza çıkmıyor olması şaşılabilir değildir. Her biri aynı kumaşta farklı desenle dokuyup farklı kılıklar üretmişlerdir. Doğal hukuk kuramı, dini hukuka ya da belirli bir ahlaki düzene temel olarak karşımıza çıkabileceği gibi devrimi savunan bir hukuk olarak da karşımıza çıkabilir ve her ikisini de inanarak yapabilir. Alf Ross, ünlü eseri *On Law and Justice*'de "*bir fahişe gibi, doğal hukukun herkesin kullanımına açık olduğunu*" söyler. Ross, doğal hukuka başvuruya savunulamayacak tek bir ideolojinin dahi olmadığını ileri sürer ve aksinin de pek mümkün olmadığını, çünkü Ross'a göre her doğal hak için esas temel, doğrudan özel bir iç görüde, sarıh bir niyette, içine doğmada yatar. Doğruluğun kriteri olarak kanıt, metafizik iddiaların tamamen keyfi karakterini açıklar. Metafizik iddiaları, öznel arası kontrol güçlerinin üzerine çıkarır ve sınırlanmamış buluşlara ve dogmalara kapıları sonuna kadar açar. Doğal hukukun tarihi değişkenliği, belirli bir tür yorumu destekler. Söz konusu yoruma göre metafizik postulatlar, belirli ihtiyaçların karşılanması ve duygusal tutumların desteklenmesine yarayan kurgulardır sadece. Bir yandan da kabul etmek gerekir ki, bu değişkenlik bahsi geçen yorum için kati bir kanıt niteliği taşımaz. Bilimsel teorilerin zaman içinde değişmesi doğaldır, örneğin, Thomas Aquinas'la beraber, aklın/mantığın tutkularla yoldan çıkarılabileceği ve açık olarak görülen her şeyin de zorunlu olarak kanıt olamayacağı ileri sürülür. Böylelikle gerçek kanıtın ne olduğu problemi su yüzüne çıkarken aynı problem, güç ilişkileri içindeki kanıt mercilerince çözülebilir ve bu durum sonsuza dek devam eder.<sup>12</sup> İşte düşünce kuramlarının tarihsel gelişim çizgilerinde bu kadar farklılık olmasının nedeni her birinin kendi hakikatini hakikat olarak kabul ettirme çabasıdır. Bir şekilde hakikatin ortaya konulması zorunludur, çünkü cevabı aranan asıl soru: "*Sahip olduğumuz farklı değerler ve düşüncelerle birlikte, altında barış içinde yaşayabileceğimiz normlar hangileridir?*"<sup>13</sup> Modern hukukun ve modern anayasaların alameti farikası da bu değil midir? Genel kısıtlamaların hedefinde belirli bir insan değil genel anlamda bir insan vardır ve böylece farklı değer ve düşüncelere yaşama olanağı verilmektedir.

Doğal hukuk geleneği zaman zaman birey temelli sorunlara odaklanır ve bu çerçevede iyi daha açık bir ifadeyle ahlaklı, erdemli bir yaşam nasıl yaşanır sorusunu sorar. Klasik doğal hukuk kuramcılarının çoğu da temelde ahlak ya da siyaset kuramcısıdır. Bu eksende sordukları sorular: "Bir kişi nasıl ahlaklı hareket eder?", "Kişinin vatandaş veya resmi memur olarak ahlaki yükümlülükleri nelerdir?" ya da "Meşru/ahlaki yönetsel eylemin sınırları nelerdir?" Öte yandan modern doğal hukuk geleneği içerisinde toplum ya da hukuk kuramcısı olan do-

<sup>12</sup> Alf Ross, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959, s. 261.

<sup>13</sup> Bix, '*Doğal Hukuk: Modern Gelenek*', 293.

ğal hukukçulara da rastlamak mümkündür, onlar toplum ve hukuku açıklamaya yönelmişlerdir.<sup>14</sup>

Brian Bix, sonrasında böyle bir ayırım yapmasının yanıltıcı olduğunu söylese de doğal hukuk geleneğini klasik ve modern diye incelemenin kolaylaştırıcı olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bix, uyduğumuz normların ve hukuk sisteminin ahlaki zeminde eleştirilebileceğini sorgulamadan kabul ettiğimizi; yasal normlarla karşılaştırılabilecek ve bazen kusurlu olabilecek standartlar olduğunu ve dahası hukukun yargılandığı standartların bazen “daha üst bir hukuk” olarak tanımlandığını dile getirir. Bazılarına göre, hukuk benzeri standartlar vardır ve bunlar ilahi vahiyde, dini metinlerde, doğanın göz önünde tutulmasında ya da insan doğasının dikkatlice incelenmesinde saptanırlar ya da onlardan türetilbilirler. Diğerleri için ise “üst hukuk” metaforik bir anlam taşır. En azından, hukukun ahlaki konumuna dair karışık sezgileri yansıtır. Şöyle ki:<sup>15</sup>

a. Uygun şekilde hukuk haline gelen her şey ahlaki bir bağlayıcılığa sahip değildir.	b. Hukuk, hukuk olarak ahlaki bir kıymete sahiptir. Çünkü eğer bir kıymeti olmasaydı, toplum normlarının zorunluluklarını göz ardı etmede bir gerekçelendirme olarak üst hukuka başvurmaya ihtiyaç duymazdık.
---	--

Geleneksel teoriler, üst hukukun varlığı için, içeriğinin belirlenmesi için ve bir üst hukukun varlığını izleyen sonuçların -örneğin, belirli bir yerde yürürlüğe giren pozitif hukukun, üst hukuk ile çeliştiği durumlarda vatandaşlara verilecek yanıt nedir?- incelenmesi için argümanlar üretirler.<sup>16</sup> Söz konusu sorunu bir örnek ile somutlaştırmak daha uygun olacaktır: Modern hukuk sistemlerinin çoğunda mülkiyet bir hak olarak korunmaktadır, hatta liberal hukuk sisteminin temelinde mülkiyet hakkı yer almaktadır. Üst hukuka ait bir değer olarak mülkiyeti kabul eden bir sistemde, imar sınırlamalarına ilişkin kurallar nasıl gerekçelendirilip, insanlar nezdinde meşruiyet kazanacaklar? “Kamu yararı” gibi genel bir sınırlama sebebi, meşruluk açısından yeterli olmayacaktır, çünkü doğal hukuk anlayışının kendisi bizatihi bir üst ilkeden hareket etmektedir. Hak anlayışı bir üst ilkeye (adalet, iyi, Tanrı’nın yarası) dayanmalıdır ve geriye kalan her şey bu üst ilkeden türetilmelidir. Hal böyleyken çoğunluğun refahı, çoğunluğun yararı, kamu yararı gibi kendilerinin bir ilkeye dayandırılması gerekenler bir gerekçelendirmeden ziyade anlık çözüm getiren, her duruma adapte edilebilen deyim yerindeyse “maymuncuk kalıplar” olacaktır. Maymuncuk kalıplar, niçin öyle olması gerektiğini

<sup>14</sup> Bix, ‘Doğal Hukuk: Modern Gelenek’, 293.

<sup>15</sup> Brian Bix, “Natural Law Theory”, Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Wiley-Blackwell Publication, 2010, s. 211.

<sup>16</sup> Bix, “Natural Law Theory”, s. 211.



gerekelendirip meşruluk üretmek yerine, *bu sefer böyle olması uygundur*'u üreterek bir anlamda Makyevelist olmaktadır.

Klasik yaklaşımın isimlerinden biri olan Marcus Tullius Cicero'ya göre gerçek hukuk, doğayla uyumda geçerli mantıktır. Değişmeyen ve ebedi bir evrensel uyarlamadır. Buyruklarla görevler belirlenirken, yasaklarla kötülüklerden vazgeçirilir. Öte yandan, iyi insanlara boşu boşuna emir ve yasak yağdırmaya gerek yokken, kötü insanlar üzerinde bu emir ve yasakların da bir etkisi de olmaz. Bir kısmının değiştirilmesi, tamamının yürürlükten kaldırılması gibi bir şey söz konusu olamaz çünkü değiştirme çabası günah olarak adlandırılmıştır. Senato ya da insanların koyduğu yükümlülüklerden azade olamayız, gerçek hukukun yorumcusu ya da çevirmeni olarak kendimize dışarıdan bakmamıza gerek yoktur. Roma'da ya da Yunan'da şimdi ya da gelecekte başka bir hukuk olmayacaktır; sonsuz, değişmeyen tek bir hukuk tüm milletler ve tüm zamanlar için geçerli olacak ve dahası tek bir efendi, tek bir kural koyucu olacaktır, ki o da Tanrı'dır, O, tek öğretmendir ve hepimizin üzerindedir çünkü bu hukukun yazarı, zorlayıcı yargıcı ve ilan edeni odur. Kendinden kaçan ve insan doğasını inkâr eden kişi asidir ve ceza olarak kabul edilen şeyden kaçsa dahi en kötü cezalara katlanacaktır.<sup>17</sup>

Aquinalı Thomas için, doğal hukukun iki anahtar özelliği vardır. Birincisi, doğal hukukun kaynağı olarak Tanrı'ya odaklandığımız zaman, doğal hukuk sadece kutsal varlığın bir boyutu olur ve bu açıdan bakıldığında doğal hukuk teorisi de kutsal varlık teorilerinden biri olur. İkincisi, doğal hukukun alıcısı olarak insanın rolüne odaklandığımız zaman, doğal hukuk, pratik makullüğün ilkelerini inşa eder ve söz konusu ilkeler insan davranışlarını makul ya da makul olmayan olarak değerlendirilmeye yararlar. Böylece doğal hukuk teorisi bu perspektiften, pratik makullük teorisinin seçkin bir parçası olur.<sup>18</sup> Aquinalı Thomas, Aristotelesçi bir başlangıçtan hareket eder. Aristoteles'in her varlığın nihai amaca ulaşmasına ilişkin argümanını, kişinin iyiyi ve doğruyu seçtikten sonra kendini tamamlama çabasının devam edeceği argümanını benimser. Felsefeye başlamak için felsefe öncesi ilkelere ihtiyacı gerektiği iddiasını da bir kenara koyarak diyebiliriz ki, Aquinas'ın doğal hukuku tam olarak burada başlar. Onun doğal hukukunun parçalarından biri, ebedi hukuka, ilahi takdire insanın bilhassa katılımıdır. Tüm yaratıklar, bir sona göre düzenlenmişlerdir. Hepsinin sahip olduğu bir doğa vardır ve kendilerini gerçekleştirmeleri bu doğaya göre olacaktır. Doğasını gerçekleştirirken kendi iyisini bulmak üzere tasarlanmış olmak insana özgü değildir. Bu her şey için geçerlidir, fakat diğer şeyler bilincinde olmadıkları bir son için düzenlenmişlerdir. İnsan için ise iyinin

<sup>17</sup> Marcus Tullius Cicero, *On the Republic and on the Laws*, (Translated by David Fott), Cornell University Press, 2014, s. 98, 99.

<sup>18</sup> Mark Murphy, "The Natural Law Tradition in Ethics", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/> (erişim tarihi 30.08.2021).



bilincine varması ona özeldir ve özgürce kendini ona yönlendirir. Elbette, iyinin seçilmesi gerekliliği altında yapılan bir seçim ne kadar özgür olabilirse o kadar özgürdür.<sup>19</sup> Doğal hukuk tanımlarından biri de ilk ilkeler ya da pratik akıl yürütmenin başlangıç noktası olarak kabul edilmektedir. Karmaşığın bilgisi ve basitin bilgisi arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Basitin bilgisi, kavramdır; tanımın ya da tasvirin ifadesidir. Karmaşığın bilgisi ise, bir şeyin diğerini olumsuzlaması ya da olumsuzlamasıdır. Bu düzenlerin içerisinde birinci olan bir şey vardır. Aquinas'a göre bir kavrayış ve bir yargı vardır. Bu kavrayış da yargı da diğer tüm kavrayışlara ve yargılara önceldir ve diğer tüm kavrayış ve yargılarca varsayılır. Bilgi dille ifade edilir önermesi, herkesin kullandığı bir ilk kelime ya da herkesin bebek zihninde bir ilk ifade vardır iddiasını da önümüze serer. Fakat bunun kabul edilebilir bir farz olmadığı da ortadadır, o halde Aquinas'ın murat ettiği nedir? Oluşa dair ilk kavrayışımız ve ilk yargımız: aynı şeyi aynı manada eş zamanlı olarak hem reddedip hem onaylayamayacağımızdır. Örneğin, bir bebek için anne, baba, sıcak kavrayışlarının anlamı nedir? Tüm kadınları anne, tüm erkekleri baba, tüm yaşlıları dede diye çağırılan çocuk, oluş ve kavrayışa dair bize nasıl bir ipucu vermektedir? Çocuk için, anne ve baba kelimeleri, kendisini dünyaya getiren insanların adı değil belirli bir cinsiyet ifade eden kelimelerdir. Çocuğun ilk anne dediği zamanki kavrayışıyla ilerleyen zamandaki birbirinden farklıdır. Şöyle ki, belirli bir kavrayış aşamasına kadar anne, kadın olanların adıdır.<sup>20</sup> Benzer şekilde insanın adalete ilişkin ilk kavrayışı da çoğu zaman hissiyattır. Örneğin:

“... Şişman çocuk, ıslak ve sarkmış ara bezi yüzünden çömelerek yürüyüp zayıf oğlana doğru hızla yaklaştı. Sıkıntıdan veya arkadaşlık etmek için yaklaşmıştı, ama bir kez güneş ışığı karesinin içine girip oranın sıcak olduğunu keşfedince, zayıf çocuğun yanına hızla oturdu ve onu gölgeye itekledi. Zayıf oğlanın boş, kendinden geçmiş hali birdenbire öfkeden doğan bir kaş çatmaya dönüştü. Bağırarak şişmani itti. “Git burdan!” Bakıcı hemen oraya koştu. Şişman oğlanı doğrulttu. “Shev, başka insanları incitmemelisin.” Zayıf oğlan ayağa kalktı... “Benim” dedi yüksek cınlayan bir sesle. “Benim güneş!” ...”<sup>21</sup> Mülkiyet, zarar verme yasağı ve adalet çocuk için norm anlamıyla kavranılamaz; onun ilk kavrayışı hisle gerçekleşir. Belki de bu nedenle günümüzde hukuk için olmazsa olmaz olarak gördüğümüz hak kavramının sistematikleşmesi ve somutlaşması aslında yenidir. Düşünürler, doğal hakların Thomas Hobbes ile doğduğu, Hugo Grotius'ta doğal hakların izinin olmadığı konusunda hemfikirdirler. Grotius'un egemenliği ele aldığı dönemde, doğal hukukun temeli sayılan kabul, egemenliğin insanlar arasında bir dayanağının ol-

<sup>19</sup> Ralph McInerney/ John O'Callaghan, “Saint Thomas Aquinas”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition)*, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas/> (erişim tarihi 30.08.2021).

<sup>20</sup> Ralph and O'Callaghan.

<sup>21</sup> Ursula K. Leguin, *Mülksüzler*, (çev. Levent Mollamustafaoglu), Metis Yayınları, Ağustos 2020, s. 31-32.

duğu görüşünün reddedilmesiydi. Söz konusu kabulü yıkmak için Grotius, her argümana, hatta Aristoteles'in köleliği gerekçelendirdiği argümanlara bile başvurur. Hobbes, hukuk ile hak -lex ve jus-<sup>22</sup> arasındaki ayrımla tereddütsüz yüzleşir. Ona göre, "hukuk prangadır; haklar özgürlüktür ve hukuk ve hak birbirinin karşıtıymış gibi farklılaşırlar". Hukukla düzenlenen daha doğrusu medeni hukukla düzenlenen alana karşıtlık oluşturan özgürlük alanı, doğa durumudur. Bu durum, hakların varlığıyla karakterize edilir, ödevlerle değil. Bu haklar içinde öncelik yaşam hakkına ve korunması zorunlu olan diğerlerine verilmiştir. Sivil toplumun kurulmasıyla, birey doğal özgürlük ve doğal hakların birçoğunu terk etmek zorunda kalmıştır. Hobbes'un önemi, doğa durumunu ele alan ilk düşünür olması, prensin mükemmel olmayan ödevlerindense vatandaşın mükemmel hakları üzerindeki egemenliğin sınırlarını temellendirmeye çalışması, doğal hukukun çözülmeye başlamasında etkili olması ve dahası pozitivistimin öncüsü olarak da kabul edilmesinde görülebilir.<sup>23</sup> Hugo Grotius devletin temelini sosyal sözleşmeye dayandırmıştır. Bu geleneği sürdüren Locke'a göre, sosyal sözleşmenin tarafı olan bireyler sadece cezalandırma yetkisini devretmişlerdir. Diğer hak ve yetkiler siyasal topluma geçildikten sonra devam etmektedir. Locke'a göre, uyruklarının temel haklarını koruyamayan yönetim meşruiyetini koruyamaz.<sup>24</sup>

Lon L. Fuller, ahlakla ilgili rasyonel keşfin mümkün olduğu ama öte yandan ahlaki yükümlülüğün tüm ayrıntılarının akıl tarafından keşfedilebileceği iddiasının yanlış olduğu kabulünden yola çıkarak kendi doğal hukuk anlayışını geliştirmiştir. Fuller, klasik doğal hukuk teorisinden koparken, pozitif hukukun içeriği ile ilgilenmeyen bir doğal hukuk anlayışını savunmaktadır. Salt hukuka özgü olan içsel bir ahlakın varlığını iddia eder. Fuller'in anlayışında hukukun içsel ahlakı 8 desideratada vücut bulur: 1) genellik 2) ilan edilme 3) geriye yürümeme 4) açıklık 5) çelişkisizlik 6) uyma olanağı 7) kalıcılık 8) ilan edilen kural ile eylem arasında uygunluk. Söz konusu bu 8 desideratayı zorunlu sayan Fuller, içerik tartışmasına ise girmemektedir. Bunun nedeni hüküm kurma süreçleriyle ilgilenen birçok hukuk teorisinin aksine sürece odaklanan bir teori kurmaya çalışmasıdır. Doğal hukuk üzerine yazılan eserlerin önemi kurmaya çalıştıkları sistemden kaynaklanmamakta, taşıdıkları metottan ileri gelmektedir. Metodun doğal hukuk karakterli olduğu iddiasını iki gerekçeye dayandırır: Birincisi, bu eserlerde yer

<sup>22</sup> Hobbes'a göre, "bu konuda yazıp çizenler jus ve lex yani hak ve yasa terimlerini karıştırırmışlerse de, bunların birbirinden ayrılması gerekir; çünkü HAK, yapmak veya yapmamak özgürlüğünden oluşur; YASA ise, bunlardan birini tespit ve ilzam eder: yani yasa ve hak, aynı konuda birbirleriyle tutarlı olmayan yükümlülük ve özgürlük kadar ayrı şeylerdir." Thomas Hobbes, *Leviathan*, (çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 103-104.

<sup>23</sup> Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, (translated by Daniela Gobetti), The University of Chicago Press, 1993, s. 154-155.

<sup>24</sup> Shirley Letwin Rubin, *John Locke: Liberalism and Natural Law Traditions of Liberalism*, By Knud Haakonssen (ed.), Australia 1988, s. 3.

alanlar pozitivist felsefe tarafından engellenmedikçe insanların doğal olarak izledikleri bir metottur. Fuller'e göre, bir engelleme olmazsa, akıl, doğal olarak gidebildiği yere kadar gider. İkincisi, akıl, pozitivizm tarafından sınırlanmadıkça insan ilişkilerinin temelini oluşturan ilkeyi doğal hukukta bulabilir. O halde Fuller'in doğal hukuku değişmez bir içeriğe sahip bir doktrin değil daha ziyade aklın izlediği bir metottur ve içerik sorunları dışsal ahlak alanına bırakılmıştır.<sup>25</sup>

Fuller,

- a) doğal hukukun gereklerinin buyurucu bir beyana konu olabileceği düşüncesi,
- b) yazılı bir kanun gibi somut bir şekilde uygulanma kabiliyetine sahip olduğu fikri,
- c) insan eylemlerini değerlendirmede ve kendisiyle çatıştıklarında onları geçersiz kılmada bir ölçüt olan ve dahası bu yaşamın kaygılarını aşan bir üst hukukun varlığı fikri iddialarını taşıyan bir doğal hukuk fikrini reddetmektedir.<sup>26</sup>

Fuller, yasa koyucudan hukukun içsel ahlakını oluşturan prosedürel ilkelere, desiderataların, yerine getirilmesini ister. Bir hukuk sisteminde bu desideratardan biri dahi gerçekleşmezse o hukuk sistemi hem kötü bir sistem hem de doğru anlamda bir hukuk sistemi olma vasfını kaybetmiş olacaktır. Söz konusu ilkeler hukuk normlarını içerik açısından değil, şekil açısından denetlerler. Şekil denetimi, içerik açısından haksız yasaların yapılmasını zorlaştırabilirler. Fuller, aslında hukukun amacına odaklanmıştır. Hukuku insan davranışlarını kuralların yönetimine bağlama girişimi olarak görmektedir.<sup>27</sup>

Hukukun **genelliğinden** anlaşılması gereken: *hukukun tarafsız hareket etmesi, kuralların herkese uygulanması* ve özel durumlara yönelik olmamasıdır. Hukuk gibi insan davranışlarını kontrol etmek ve yönlendirmek niyetinde olan sistemlerde genel kural koyma gerekliliği ağır basmaktadır. Örneğin, 6114 sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 3. maddesi 2. fıkrası a bendi şu şekildedir: “*Yükseköğretim Kurulu kararlarına veya ilgili mevzuat hükümlerine istinaden başta yükseköğretim kurumlarında ön lisans, lisans veya lisansüstü öğrenim görecek adayların puan sıralamasına göre tespiti veya yerleştirilmesi ile yükseköğretim kurumlarında atama veya yükselmelerde esas alınan sınavlar olmak üzere, ulusal ve uluslararası her türlü bilim, yetenek veya yabancı dil sınavları ile gerektiğinde yerleştirme işlemlerini yapmak.*” Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları bilirler ki, üniversitede okuyabilmenin ön koşulu, söz konusu sınavı geçmektir. Siyam ikizlerinin barajı geçememiş olmalarına rağmen üniversiteye kabul edilmeleri için yapılan

<sup>25</sup> Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, XII Levha, Kasım 2011, s. 5-6.

<sup>26</sup> Lon L. Fuller, ‘*A Rejoinder to Professor Nagel*’, *Natural Law Forum* 30, [https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd\\_naturallaw\\_forum](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd_naturallaw_forum) (erişim tarihi 20.04.2021), s. 84.

<sup>27</sup> Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, s. 7-10.

başvuru genellikle ilkesine aykırıdır.<sup>28</sup> Genellik ilkesi ihlal edilmeden bütün siyam ikizleri vb. durumda olanlar için bir düzenleme yapmak ve bunu gerekçesiyle ilan etmek, temel bir ilkedен hareket etmek, kendini bu temel ilke ile bağlı saymak, egemenin kendisi dışında hukuka da bir varlık tanınmasıdır. Hukuk sistemi içerisinde **ilan edilmede** de marjinal fayda ilkesi gözetilmektedir. Her bir vatandaş tek tek eğiterek, kendilerine etki edebilecek kanunlar hakkında bilgi sahibi olmalarını beklemek gerçekçi değildir. Bir örnek vermek gerekirse:<sup>29</sup>

F: *Kanunların ilan edilmesi ile ilgili ne diye yaygara kopartılıyor ki? Ortalama bir vatandaş ceza kanununu okumasa da öldürmemesi ve çalmaması gerektiğini bilir. Daha özel kanunların da tam metinleri her köşe başında dağıtılsa dahi yüz kişiden biri bile bunları okumayacaktır.*

S: *Yüz kişiden bir tanesi bile kendisine uygulanabilecek kanunlardan birini dahi öğrenme zahmetine giriyorsa; bu, kanunları genel olarak erişilebilir kılmak zorunludur. En azından bu vatandaşın bilmeye hakkı vardır ve bu kişinin kim olduğunu da kanunları ilan etmeden bilemeyiz.*

Önemli olan husus aslında hukukun az kişi tarafından biliniyor olmasına rağmen nasıl çoğunluk tarafından davranışları yönlendirici olarak kabul edildiğidir. Çünkü insanlar, diğer insanları taklit ederek hukuka uyarlar, diğer bir ifadeyle kanunları kendilerinden daha iyi bildiklerini düşündükleri insanların oluşturdukları kalıplara uygun olarak davranışlar geliştirirler. İlanı gerekli kılan bir diğer husus ise, kanunların kamusal eleştiriye tâbi olabilmesi için de ilan edilmesinin gerekliliğidir. Son bir husus daha vardır bu konuda, o da: modern kanunların büyük kısmı belli özel edimlere ilişkindir. Belli bir mesleğe ya da belli bir işe özgüdür. Hal böyle olunca, insanlar kendileri ile ilgili olan, kendi koşullarını etkileyen kanunları bilmek isterler.<sup>30</sup>

Kıskırtıcı bir iddia ileri sürülebilir: Hukuk insan davranışlarını düzenlemeye aday ise, yarın çıkaracağı bir kanun ile bugünkü davranışları düzenlemeyi düşünmesi sadece bir safсата olmayacak mıdır? Yarın çıkacak bir kanun hakkında vatandaşın sağlıklı bir bilgiye sahip olması imkansızdır, ancak tahminlerde bulunabilir. Geriye etkili kanunlarla ilgili tartışmayı Fuller bir örnek üzerinden anlatır: Evlilik işlemlerinde töreni yürüten kişinin evlilik cüzdanına devlet tarafından özel bir mührün basılmasını zorunlu kılan ve mührün eksik olması halinde evliliğin geçersiz sayılacağını hükme bağlayan bir yasanın yürürlüğe girdiğini düşünelim. Fakat yasa yürürlüğe girdikten sonra yaşanan bir kriz nedeniyle mühürler basılamıyor ve dahası meclis tatile giriyor. Bu süreçte gerçekleşen evliliklerde nikah memurları mühür kullanmıyor. Bu durumda bu süreçte gerçekleşen evlilikler geçersiz mi olacak? Meclis tekrar çalışma-

<sup>28</sup> <https://www.sabah.com.tr/galeri/yasam/siyam-ikizleri-universiteli-olmanin-mutlulugunu-yasiyor>; <https://www.haberler.com/siyam-ikizlerinin-universite-hayali-gercek-oluyor-12323082-haberi/> (erişim tarihi 24.09.2021).

<sup>29</sup> Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, (çev. Engin Arıkan), Tekin Yayınları, 2016, s. 62-67.

<sup>30</sup> Fuller, *Hukukun Ahlakı*, s. 67.

ya başladığında geçiş dönemindeki evliliklere geriye dönük olarak geçerlilik verdiğinde bu durum hakkında nasıl bir kanaat geliştirmek gerekmektedir? İkinci kanunun geriye etkili olarak yürürlüğe girmesi hukukilik ilkesini ihlal etse de kanunların, *bu kanunlardan etkilenecek insanlar tarafından bilinmesi ve onların itaat edebilecek koşullarda olmaları* gerekir. Örneğimizde iki şartın da gerçekleşmemesi sebebiyle geriye etkili olan kanunun aslında hukukilik ilkesine zarar vermediği aksine iki şartı gerçekleştiremeyen sistemin hukuk dünyası için daha zararlı olduğu sonucuna ulaşmak da *işten değildir*. Fakat dolabın içinde bir “boogeyman”<sup>31</sup> olduğu için karanlıkta yatmak istemeyen çocuğa, olmadığını ispatlamak için dolabı açmaktan başka çaremiz yoktur ve korku filmi de dolabın içindeki boogeymanın gerçekliğiyle başlar: Fuller, Hitler’in 1934 yılında 100 kişinin öldürülmesiyle sonuçlanan Roehm tasfiyesini örnek verir. Olaydan sonra Berlin’e yeniden dönen Hitler, bir diktatör olarak kolaylıkla aldirabileceği göstermelik mahkûmiyet ve infaz kararlarını aldirmek yerine doğrudan ölüme karar vermiş olmayı hukuk sistemi içinde nasıl meşrulaştıracaktı? Bu cinayetleri hukuka uygun hale getiren geriye etkili bir kanunu meclisten hızla geçirtmiş ve sonrasında “Alman halkının yüksek mahkemesinin kendi bünyesinde toplandığını” ilan etmiştir yani ona göre, cinayetler işlendiğinde elinde tuttuğu silah aslında adaletin esasıdır!<sup>32</sup> Devletler kendi sebep olduklarından kendileri mağdur olurken bu mağduriyetten de alınları ak, başları dik bir şekilde çıkmının yolunu da bulmakta ve bunu *adalet* için yapmaktadırlar. Örneğin, Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1931 yılında vermiş olduğu karara göre, “geçmişe dönük olarak yükümlülükler getiren bir yasama faaliyeti ile devlet yönetiminin yanlışlık ve bozukluklarını gidermek için düzeltici bir yasa yapmak arasında bir fark olduğunu kabul etmek ve karara varmak gerekmektedir.”<sup>33</sup>

Geriye etkili kanunlar yapmanın bir diğer yönü, yargıçlık makamının içine düştüğü durumlar ile ilgilidir. Örneğin, Ekin ve Ilgın arasında bir sorun olduğunu düşünelim. Bu sorunun çözümü için mahkemeye başvurulduğunda, hâkim hem Ekin’in hem de Ilgın’ın savlarını inceledikten sonra her ikisinin pozisyonunun da aynı derecede haklı olduğuna kanaat getirirse uyuşmazlık nasıl çözülecek? Her ikisi de eşit derece haklı ise hâkimin uyuşmazlığı nasıl çözeceğine dair bir ölçüt var mı?<sup>34</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun herkesin malumu olan 1. maddesine göre:

<sup>31</sup> Öcü. Batı literatüründe çocukları hedef alan bir çeşit karabasan.

<sup>32</sup> Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 69-71.

<sup>33</sup> “It is apparent, as the result of the decisions, that a distinction is made between a bare attempt of the legislature retroactively to create liabilities for transactions which, fully consummated in the past, are deemed to leave no ground for legislative intervention, and the case of a curative statute aptly designed to remedy mistakes and defects in the administration of government where the remedy can be applied without injustice.” Gramam v. Goodcell, 282 U.S. 409 (1931). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/409/> (erişim tarihi 21.02.2021).

<sup>34</sup> Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 72.

“Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

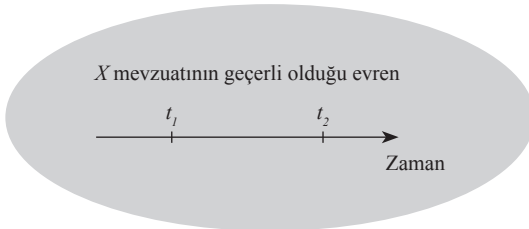
Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Burada hâkimden beklenen, kanunun ruhunu esas alarak bir ölçüt yaratmasıdır. Hart’ın kolay dava-zor dava ayırımında olduğu gibi, hâkimin ilgili hükmü alıp aynen uygulayabileceği durumlar kolay davaları oluştururken, hâkimin bir yorum faaliyetinde bulunduğu durumlar zor davaları oluşturmaktadır. Hâkim, kanunu aynen uyguladığı durumlarda nesne konumundadır; özne olması için aktif olması, bir eylemde bulunması, diğer bir ifadeyle yorum faaliyeti yapması, gerekmektedir. Hâkimlerin yalnızca kanun uygulayıcısı olduğu bir hukuk sistemi içinde hâkimin “özne” olarak nitelendirilmesi zordur. Özneye ilişkin felsefi tartışmalarda Descartes’in öznesini benimseyerek açıklamak gerekirse, “ben”e dönüşmek için düşünmek, öyleyse var olmak gerekir. Fiziki varlıktan önce şüphe etmek; şüphesini düşünmek edimi üzerinden bertaraf etmek özne olmanın şartıdır.<sup>35</sup> O halde kanunu, aynen alıp uygulayan bir hâkim, özne değildir, günümüzün moda tartışmasına atıfla “yapay zeka”ya yerini bırakana kadar *aynen uygulama koltuğunun* sahibidir. Özetle hâkimin özne olmak için hukuk devleti için hukukun bilhassa tesisinin gerekli olduğu zor davalarda ilgili kanunların ruhunu kavraması ve aktif bir düşünce sürecinin sonunda kararıyla o sürece varlık kazandırması ve tüm bunlarla eyleyen olma sıfatını kazanması gerekmektedir. Acaba aslında hâkimlerden Dworkin’in (farazi) Herkül yargıcı olmaları mı beklenmektedir? Ilgın ve Ekin’in durumunda, 10 uyuşmazlıktan 9’unda çözüm sunan bir mevzuat hükmü bir tanesinde çözüm sunmamaktadır. Hâkim bir karar vermezse, uyuşmazlıkları çözme *ödevini* yerine getirmemiş olacaktır. Eğer davayı karara bağlarsa o vakit de geriye etkili bir kanun yaratma faaliyetinde bulunmuş olacaktır:

$t_1$  zamanı: Ilgın ve Ekin arasındaki uyuşmazlık

$t_2$  zamanı hakimın karar verdiği an

Bir karar verilmesi gerektiği aşıkardır:



<sup>35</sup> Roger Scruton, *A Short History of Modern Philosophy From Descartes to Wittgenstein*, Routledge, Taylor and Francis, 2002, s. 30.



Hukuk sistemlerinde boşluk olmaması hedeflenir. Hukuk boşluğunun olduğu konusunda hakimler karara vardıkları zaman, ileriye etkili kurallar sisteminin etkililiği zarar görecektir. Kurala rahatça uyabilmek için sadece kuralları öğrenmek yetmez, aynı zamanda ilgili hükmün o uyumsuzluk için uygulanması gereken doğru hüküm olup olmadığına dair bir ihtilaf durumunda da geriye etkili kanunlar yapmak dışında bir çözüm yönteminin mevcut olması gerekir. Anayasaya aykırılık iddialarında mahkemenin verdiği iptal kararı bu tarz bir çözüm yöntemidir, ama iptalden sonra boşluk oluşursa ivedilikle ileri etkili olacak şekilde yeni bir hükmün üretilmesi gerekir ki boşluk olmasın ya da hâkim az önce açıklandığı üzere geriye etkili olacak şekilde kendisi norm üretmesin. Örneğin, yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarih ve E. 1987/1, K. 1987/18 sayılı Kararı ile iptal edilen 443. maddesi şu şekildeydi:

*“Nesebi sahih olmayan hısımlar; ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların, baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır.*

*Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut füruu, babasının nesebi sahih fûruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yansını alırlar.”*

Daha önce defalarca uygulanmış bir mevzuat hükmü birdenbire anlamını kaybetmiş ve uyumsuzluğun çözümünde yetersiz kalmış hatta daha doğru bir ifadeyle çözüm için engel olarak değerlendirilmiştir. Hâkim, yukarıda da belirtilen şekilde hukuk sisteminin içindeki çözüm yöntemine başvurarak Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. 11.09.1986 tarihinde Sorgun Sulh Hukuk Mahkemesine başvuran kişi, ilgili hükmün yani mirastan yarım pay almasının -Anayasa'nın 10, 12, 35 ve 41. maddelerine aykırı olduğunu- daha da basit şekilde ifade edecek olursak kendi durumunda bu hükmün başlı başına bir sorun olduğunu iddia etmiştir. 11.09.1987 tarihinde Anayasa Mahkemesi karar verdiğinde kişinin uyumsuzluğu çözülmüştür. Hukuk sistemi içinde gösterilen çözüm yoluna uyan hâkim, bir anlamda uyumsuzluğu karar anına kadar dondurmıştır. Bundan sonraki olaylar için ortaya çıkmış bir kanun boşluğundan da söz edilemez. Anayasa mahkemeleri sistem içinde, bahse konu edilen türde geriye yürümleri önlemiş olur.

Fuller'in diğer ilkeleri olan açıklık, çelişkisizlik, uyma olanağı, kalıcılık ve ilan edilen kural ile eylem arasında uygunluk ilkeleri arasında en karmaşık olanı sonuncusudur. *Yanlış yorumlama, hukuka erişimin olmaması, bir hukuk sisteminin bütünlüğünün nasıl korunacağına dair kavrayış yetersizliği, adamsendecilik, aptallık, rüşvet, önyargı, kişisel iktidar arayışı* gibi sebeplerle uyum zayıflayabilir ya da bozulabilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde hukukun ilan edildiği hali ile bilfiil uygulanması arasında bir çelişki olmasını engelleme görevi, yargıya



birakılmıştır. Fuller'e göre, bu sayede sorumluluk pratiğin içinde olan insanlara yüklenmiş, kamusal denetim sağlanmış ve hukukun üstünlüğü dramatize edilmiş olur. Fakat Fuller, bu avantajların yanında ortaya çıkacak sorunları da dile getirir. Hukukun kanunsuz olarak uygulanmasına karşı istihkam olarak sadece mahkemelere bel bağlayan bir sistemin ciddi sorunları olduğunu belirtir. *Hak ihlallerinin düzeltilmesi, ihlalden etkilenen kişilerin bunu mahkemeye taşıma isteklerine ve dahası finansal imkanlarına bağlı olarak kalacaktır.* Fuller, bu sistemin polisin kanunsuz davranışlarının denetlenmesinde de etkili olamayacağını iddia etmiştir. Hatta alt mahkemelerin, polis kuvvetlerinin moralini muhafaza etmeyi bir görev olarak benimseme eğilimi<sup>36</sup> nedeniyle sistemin daha da kötüleştiğini de belirtir.<sup>37</sup>

Fuller'in ilkelerini mevzuatımızdaki "torba kanun" üzerinden de değerlendirmek mümkündür. Roma Hukuku'nda farklı konuları içeren kanunlar için "leges saturae"<sup>38</sup> kavramı kullanılmaktadır. Leges saturae'ye benzer şekilde "birden çok ve farklı konuları düzenleyen ve çeşitli kanunlarda değişiklikler öngören düzenlemelere hukuk sistemimizde torba kanun"<sup>39</sup> adı verilmektedir.<sup>40</sup> Örneğin, 28.07.2021 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 7333 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'unla değişiklik yapılan kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler şunlardır: 1) 442 sayılı Köy Kanunu, 2) 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 3) 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 4) 6831 sayılı Orman Kanunu, 5) 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 6) 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun, 7) 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu, 8) 3194 sayılı İmar Kanunu, 9) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 10) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 11) 4458 sayılı Gümrük Kanunu, 12) 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanun, 13) 5378 sayılı Engelliler Hakkında

<sup>36</sup> İskandinavya'da 1809 yılında kraliyet gücü karşısında bireyleri korumak için ombudsmanlık kurulmuştur. Yargı ombudsmanlığı ise yargıdaki ve kamusal alandaki kötü yönetimin bağımsız şekilde denetlenmesi ihtiyacıyla ortaya çıkmıştır. <https://nordics.info/show/artikel/preview-ombudsman-1/#:~:text=The%20Nordic%20institution%20of%20the,Swedish%20origin%20meaning%20representative> (erişim tarihi 19.03.2021).

<sup>37</sup> Fuller, Hukukun Ahlakı, s. 101, 102.

<sup>38</sup> Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, V. 43, s. 546 .

<sup>39</sup> Erdoğan Teziç, 'Torba Kanun', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sayı: 2015/1, Yıl: 2015, s. 3; Şeref İba, 'Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 199.

<sup>40</sup> Torba kanunların yaratacağı karmaşayı önleyebilmek için Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 17.02.2006 tarihinde RG'de yayımlanmıştır. Fakat hükümet sistemi değişikliğinden sonra söz konusu yönetmelik büyük ölçüde işlevini kaybetmiştir. <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20059986&MevzuatTur=3&MevzuatTertip=5> (erişim tarihi 19.03.2021).

Kanun, 14) 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 15) 5941 sayılı Çek Kanunu, 16) 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu, 17) 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 18) 7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 1'inci maddesinin birinci fıkrası, 19) 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 20) 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 21) 640 sayılı Gümrük Personeli ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname. Tek bir başlık altında yirmi bir tane birbiriyle ilgisiz kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapılmıştır.

Yakın tarihli bu örneğin bir istisna olmadığını yine 7333 sayılı Kanun'un değişiklik öngördüğü kanunlardan biri olan 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da da görmekteyiz. Kanunun adından da anlaşılacağı üzere söz konusu kanunda Covid-19 salgınının ekonomik ve sosyal hayatta yarattığı olumsuz etkileri azaltma amacı güdülmüştür ve BAZI kanunlarda değişiklik yapılmaktadır. Hangi kanunlarda? BAZI kanunlarda. İlan edilme kuralı, bizim sistemimiz açısından gerçekten hayat bulmakta mıdır? Yoksa yapılan değişiklikler sadece yazılıp sıralanmakta mıdır? Sıralanan değişiklikler gerçekten aleniyet kazanmakta mıdır?

7333 sayılı Kanununun 15. maddesi, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunda değişiklik yapmaktadır. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunun değiştirilen hükmü bir yıl önce de değişiklik geçirmiştir. Günlük hayatta bir kişinin herhangi bir konuda bir plan yapabilmesi için öncelikle o konudaki değişkenleri bilmesi gerekir ve kişi o değişkenlerin diğer değişkenlerle ve ortamla olan ilişkisini bilmeye ihtiyaç duyar. Çok fazla değişkenin olduğu bir ortamda kişi plan yapmakta zorlanacaktır. Kişinin hayatını, seçimlerini planlayabilmesi için öngörülebilir bir ortamın olması gereklidir. Modern hukukun vadettiği en önemli şeylerden biri öngörülebilirliktir. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un geçici 3. maddesinin 6. fıkrasının 3. cümlesinde yer alan "iki yılı" ibaresi 23.07.2020 tarihli 7252 sayılı Dijital Mecralar Komisyonu Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesiyle "üç yılı" şeklinde değiştirilmiştir ve ardından 18.07.2021 tarihli 7333 sayılı Kanununun 15. maddesiyle, "üç yılı" ibaresi "dört yılı" şeklinde değiştirilmiştir. Hukuk sistemimizin öngörülebilir olduğundan hareketle, 2022 yılının temmuz ayının herhangi bir gününde bu fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan "dört yılı" ibaresinin "beş yılı" şeklinde değiştirilmesi beklenebilir. Dijital Mecralar Kurulması isimli bir kanunla, Engelliler Hakkında Kanun'da değişiklik yapılmış olması elbette ilan edilme ilkesinin gerektiği gibi işlemediğinin de basit bir örneğidir. Dahası, eğer Resmi Gazete'yi düzenli olarak takip etmiyorsanız, kanunların ilan edilmesinde ve dolayısıyla aleniyet kazanmasında yardımcı olan ve hukukçuların

sıklıkla kullandığı resmi “mevzuat.gov.tr” adlı siteyi incelediğinizde 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un geçici 3. maddesinin 6. fıkrasının 3. cümlesindeki değişikliğin, 6. fıkraya atıf yapan 6. dipnota göre<sup>41</sup> 18/7/2021 tarihli 7331 sayılı Kanunun 15’inci maddesiyle gerçekleştiği sonucuna varacaksınız. Oysa 7331 sayılı Kanun 08.07.2021 tarihinde kabul edilen Ceza Muhakemesi Kanunu ve (*elbette*) (!) Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’dur ve 15. maddesi şu şekildedir: “5271 sayılı Kanunun 109’uncu maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “(e) bendinde” ibaresi “(e) ve (j) bentlerinde” şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir: “Ancak, (j) bendinde belirtilen konutunu terk etmemek yükümlülüğü altında geçen her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün olarak dikkate alınır.” İnsanların hayatlarında değişiklik yapılırken resmi görevlilerin daha titiz davranmalarını beklemek abesle iştigal değildir.<sup>42</sup>

7333 sayılı Kanunla değişik 640 sayılı Kanun Hükmünde Kararname de oldukça ilginçtir. Söz konusu kanun hükmünde kararnamenin, 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle 39. ve 40. maddeler hariç tüm maddeleri 2018 yılında mülga olmuştur. Amaç, kapsam ve görevleri, bakanlık teşkilatı, hizmet birimleri, taşra ve yurtdışı teşkilatı, sorumluluk ve yetkileri mülga olmuş, personele ilişkin başlıkta bir tek 39. ve 40. madde kalmıştır. 7333 sayılı Kanunla Ek madde 2 ilave edilerek 39. maddeye düzenleme getirilmiştir. Burada yasa koyucunun böyle bir düzenleme yapmasında teknik açıdan bir sakınca yoktur, eleştiri konusu olan yasa koyucunun kendi kararı ile neredeyse adı dışında hiçbir şeyi kalmamış bir mevzuat üzerinde bu şekilde tasarrufta bulunması ve dolayısıyla sistematiklikten uzak, kolay bulunabilir olmayan bu tasarrufların “orta zekalı vatandaş” için hukuku hiç de kolaylaştırmamasıdır.

7333 sayılı Kanun, farklı yürürlüğe girme hükümleriyle kanunların geriye yürümeme ilkesini de ihlal etmektedir. Lehe olan kanunların geriye yürümesi vatandaşlar için olumlu durumlar öngördüğünde kabul edilebilir olmakla beraber Hart-Fuller Tartışması olarak anılan olayın bir boyutunu da geriye yürüme oluşturmaktadır. Söz konusu 7333 sayılı kanunun belirli hükümler için 01.01.2021, 30.06.2021 ve 07.07.2021 ve kalan hükümler için yayımlanma tarihini geçerlilik tarihi olarak belirlemesi hem kanunların geriye yürümemesi ilkesinin ihlali hem de açıklık ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Uyma olanağını güçleştirmesi ise başka bir ihlal olarak kabul edilebilir. Egemen, yasaları sürekli takip etmek zorunda bıraktığı vatandaşlarına, basiretli vatandaş olma yükümlülüğü getirmektedir.

<sup>41</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (erişim tarihi 20.09.2021).

<sup>42</sup> Söz konusu resmi siteyle ilgili olarak yapılabilecek bir eleştiri de 3662 sayılı Mahpeyker, Türkân, Ali, Rana ve Hümeýranın Türkiye’ye Avdet Etmelerine Dair Kanun sistemde bulunmamaktadır. Aynı şekilde 1982 Anayasası dışında diğer anayasa hükümlerine de ulaşılacaktır. Bahsi geçenler TBMM sitesinde bulunabilmekte, fakat bir meslek grubunun yoğun olarak kullandığı devlet destekli ve salt amacı mevzuatı görünür kılmak olan bir sitede yer almamaları aleniyet açısından eleştiriye açıktır.

Sonuç olarak, Hume'un izinden giderek varılan doğal hukuk anlayışı pozitivistlerce eleştirilen ve reddedilen iki sava ulaşıyor: Birincisi, ahlak, rasyonel olarak ispatlanması mümkün davranış ilkelerinin gözlemlenmesini kapsar. İkincisi, hukuki geçerliliğin diğer gereklilikleri ne olursa olsun, rasyonel olarak kanıtlanabilen bu davranış ilkelerini reddeden hiçbir hukuk, hukuk olarak bağlayıcı ya da geçerli değildir. Öte yandan Finnis iki savın doğal hukuk geleneğinin temel doktrinleri olduğunu reddeder. Farklı bir yaklaşım geliştirerek, bu iki önermeye yönelen pozitivist eleştirinin, doğru doğal hukuk kuramının etkili bir şekilde reddi olduğuna karşı çıkar. Diğer bir ifadeyle, modern hukuki pozitivizmin fikirlerini benimser ve onları yeniden değerlendirir, buna ek olarak bir de doğal hukuk kuramını içerisinde bunların hakkını vererek ötesine geçme iddiası da taşır.<sup>43</sup> Finnis, laik bir doğal hukuk teorisi geliştirerek doğal hukukun hakikatine vardığını, kendi doğal hukuk anlayışının Tanrının varlığını önceleyen ve kaynak olarak vahiyi almayan bir anlayış olduğunu belirtir. Finnis, sezgisel bir noktadan bakar: İyinin, insan iyilerinin içten kaynaklanan bir varlığı olduğunu iddia eder. Doğal hukuk kuramının temel nitelikleri şunlardır: a) Etik şüpheciliği, dogmatizmi ve konvansiyonalizmi eleştirir ve reddeder. b) Sosyoloji ve politika bilimi gibi tanımlayıcı ve açıklayıcı sosyal teorilerin metoduna açıklık getirir. c) faydacılık ve sonuçsalcılıkta olduğu gibi toplamcı hak ve adalet kavramlarını eleştirir ve reddeder.<sup>44</sup>

Finnis'in özellikle Aristoteles ve Thomas Aquinas'tan yola çıkarak geliştirdiği 7 temel iyisi vardır: Yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyallik, pratik makullük ve din. Bu yedi temel iyi kendi içlerinde iyilerken, diğer iyiler ancak bunlara katılımı sağlarlar.

İyiler arasında bir hiyerarşi bulunmasa da pratik makullük adeta kuramın kalbini oluşturmaktadır. Çünkü bizim başlangıç noktamız daima "İnsan akıl sahibi bir varlıktır." olmaktadır. Eylemlerimizin temelinde duygusal saikler de vardır, hislerimiz, hayallerimiz, bedenselliğin diğer görünüşleri birleşir ve hepsi davranışa yansır. Dışa yansıyan, dış dünyada somutlaşan eylemler içinse rasyonel bir görünüm, akli gerekçeler aranır. Sebebin ve amacın ne olduğuna göndermede bulunulur. Onun bunu yapmasının sebebi = onun bunu yapmasının amacı. Çünkü sebep (gerekçe), temel insani değer sağlamak anlamında kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, temel insani değerler, eylemin nedenlerini saptayan ve böylece insanın akli eyleminin örneklerini oluşturan prensiplerdir. Bu temel değerler uyulması emredici bir dizi ahlakı iyiden ziyade insan eylemlerini değerlendirmek için ahlakı önceleyen dayanaklardır. Objektif hakikatler olan insani değerler özgür seçim yapmaya açıktır. Bir seçim yapıldığında, onun akla uygunluğunu tipikleştiren şeylerden biri, bir seçim olanağının mevcut olması, o seçim içerisinde seçilenin diğerleri ile kıyaslandığı-

<sup>43</sup> Neil McCormick, 'Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret', (çev. Şule Şahin Ceylan), AÜHFD, Cilt: 64, Sayı: 3, Yıl: 2015, s. 918.

<sup>44</sup> Aktaş, Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi, s. 8.

da daha tercih edilebilir olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken, seçilebilir tek şeyin olması zorunluluğunun olmamasıdır. Seçilen dışında seçilebilir olan başka seçenekler de mevcut olabilir. Üstelik, yanlış seçim olabileceği gibi birbiriyle yarışan aynı kıymette birden fazla doğru seçim de olabilir. Pratik makullük bize kendi tercihlerimizi yapma olanağı sağlar, öte yandan gerçekleşmek için de 9 tane gereğe ihtiyaç duyar:<sup>45</sup> Pratik makullük iyisi, tutarlı yaşam planı, değerler arasında keyfi tercihte bulunmama, kişiler arasında keyfi tercihte bulunmama, mesafelilik ve bağlılık, sonuçların sınırlı ilgisi (mantık içinde davranabilme imkanı), tüm eylemlerde tüm değerlere saygı, ortak faydanın gerekleri, kendi vicdanını dinleme.

Finnis'in tezi, doğal hukuku analitik hukuk felsefesi ile bütünleştirmeye çalışmaktadır. Bir yandan da hukukun doğal hukuktan ayrıştırılarak incelenmesinin doğru sonuçlar vermeyeceğine dikkat çeker. Ona göre hukukun anlam ve önemi, pratik makullük ilkesinin gerekleri ile tutarlı insan hayatı yapılanma stratejisinin bir parçasıdır.<sup>46</sup> Hart'ın da belirttiği gibi, Finnis'in teorisine pozitif hukuka meydan okuyan bir doğal hukuk teorisinden ziyade pozitif hukukun tamamlayıcısı olarak yaklaşılabilir.<sup>47</sup>

## II. HUKUKİ POZİTİVİZM

Hukuki pozitivism, hukukun varlığının ve içeriğinin sosyal olgulara dayandığı, ama değerine dayanmadığı tezidir. John Austin şöyle formüle etmiştir: "Hukukun varlığı bir şeydir; onun değeri ya da değersizliği başka bir şeydir". Pozitivist tez, hukukun özünün, anlaşılmaz, önemsiz ve hukuk felsefesine yabancı olduğunu söylemez. Söylediği şey, hukukun özünün, kuralların ya da hukuk sisteminin var olup olmadığını inceleme konusu yapmamasıdır. Bir toplumun hukuk sistemine sahip olup olmaması, belirli bir yönetim yapısının varlığına bağlıdır, hukukun egemenliği, demokrasi ve adalet idealinin belirli bir ölçüde tatminine değil. Bu sistemde yürürlükte olan hukuk kuralları yetkililerin hangi sosyal standartları -örneğin, yasama faaliyetleri, yargı kararları ya da sosyal gelenekler-buyurucu olarak tanıdıklarına bağlıdır. Bir siyasanın adil, akıllıca ya da ölçülü olması onu gerçekten bir hukuk kuralı olarak düşünmek için asla yeterli bir neden değildir ve aynı şekilde adil olmaması, akıllıca olmaması, ölçülü olmaması da ondan şüphe etmek için yeterli bir neden değildir. Pozitivizme göre hukuk neyin önerildiği (emredildiği, karar verildiği, uygulandığı, tahammül edildiği) meselesidir. Austin, "basit ve göz kamaştırıcı" olarak nitelendirir.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Sevtap Metin, 'Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis', İÜHFİM, Cilt: LXII, Sayı: 1-2, Yıl: 2004, s. 176, 177.

<sup>46</sup> Metin, s. 183.

<sup>47</sup> Metin, s. 182.

<sup>48</sup> Green, Leslie/ Thomas Adams, "Legal Positivism", Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/> (erişim tarihi 30.08.2021).

Austin'in ve Bentham'ın hukuk teorilerinin ardındaki motivasyon ve yönelim İngiliz Common Law geleneğine karşı besledikleri derin düşmanlıktır. Ama öte yandan her ikisinin geliştirdiği tepkiler de bir o kadar farklıdır. Austin'i kaygılandıran, Common Law'da açıkça tanımlanabilir rasyonel ilkelere dair sistematik bir organizasyonun ya da yapının tamamen eksik oluşuydu. Austin'in hedefi, hukuk anlayışına yönelik rasyonel ve bilimsel bir yaklaşımın; arkaik, karışık, gelenek bağımlı Common Law düşüncesinin yerini alacak ve hem yaşamayı hem de yargıç yapımı hukuku kapsayacak modern bir hukuk görüşünün haritasını çıkarmaktı. Bentham, yargısal kararların hukukun münhasır kaynağı olduğu fikrine şiddetle karşı çıkar ve bu durum Austin ile arasındaki farklılıklardan biridir. Savingy tarafından küçümsenen ve karşı çıkılan kodifikasyon Bentham'ın kesinlikle talep ettiği bir şeyken; yargıç yapımı hukukun modern hukuk sisteminin vazgeçilmez unsuru olduğunu ve belli zamanlarda ve belli alanlarda hukuki gelişimin genellikle tek pratik aracı olduğunu kabul eden Austin, kodifikasyonu takdir etmekle beraber -hatta Kıta Avrupası hukukçularının yorumlarıyla gelişmiş Roma Hukuku'nun Common Law'dan daha üstün bir rasyonel hukuk sistemi olduğunu belirtmesine rağmen- kodifikasyonun ciddi bir yasama hüneri, hukuk bilgisi ve politik vizyon gerektirdiği hususunu da belirtir. Bentham, hukukun yasama araçlarıyla maksatlı ve bilinçli olarak yaratılması gerektiğini iddia eder. Hukuk, olabildiğince, rasyonel ve sistematik biçimde organize edilmiş kodlarda ifade edilmelidir.<sup>49</sup>

Bentham, Common Law'u hedefine alarak, yazılı olmayan hukukun özü itibariyle muğlak ve değişken olduğu ve bu özelliklerinden dolayı, Common Law'un davranışlara rehberlik edebilecek güvenilir ve kamusal bir ölçüt sağlayamayacağı tespitinde bulunmuştur. Bentham tarafından *Yargıç ve Şerikleri (Judge & Co.)* olarak adlandırılan durumu da kısaca açıklamak yararlı olacaktır. Gayrimenkul işleriyle ilgilenen Common Law sisteminde özel bir yeri olan avukat grubuna dair Bentham'dan yola çıkarak Scott Shapiro da şu çıkarımda bulunmuştur: Yaptıkları hukuku sadece kendileri anlar, ama zaman geçtikten sonra kendileri dahil hukukun bütününe kimse kavrayamaz.<sup>50</sup> Bu da Common Law'a ve Common Law yargıçlarına sıra dışı bir bağımsızlık sağlar, öte yandan bu bağımsızlık, kaçınılmaz bir yozlaşma ve insanların evrensel hukuk cehaleti pahasına kazanılır. Davacı ve hukuk arasına yetkililerce, teknik detaylarca ve usul kurallarınca oluşturulan korkutucu bir bariyer dikilir ve bu bariyeri ancak parası ve zamanı olanlar yönlendirebilir ve aşabilir. Böylece, nüfusun büyük kısmı hukuka başvurmanın faydasından tamamen dışlanır ve hukukun korunmasından mahrum kalırlar -nüfusun aynı kesimi hukuk tarafından korkutulur.<sup>51</sup> Eğer Common Law, pratik ya da gelenek sorunuyorsa, bu

<sup>49</sup> Roger Cotterrell, *Hukuk Biliminin Politikası- Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, (çev. Saim Üye), Pinhan Yayıncılık, 2018, s. 90, 91.

<sup>50</sup> Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, [epub], 7.122.

<sup>51</sup> Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, 2019, s. 261.



gelenek profesyonel hukuk elitlerinin, hukuk ortaklıklarının, *Yargıçlar ve Şeriklerinin* oluşturduğu yapay bir gelenektir. Common Law geleneği, gayrimeşru ortaklıkların doğurduğu, yozlaşmanın beslediği; “custom in pays” (halkın geleneği) olmaktan ziyade, “custom in foro” (yargıcın geleneği) olan bir gelenektir. Common Law’un aşırı karmaşık, teknik ve yapay kavramlarının, kurallarının ve biçimlerinin, halkın pratiklerini, geleneklerini ve adetlerini yansıttığı inancının sürdürülmesi ne derece mümkündür?<sup>52</sup> Common Law, yargıç yapımı hukukun bir derlemesidir, her bir durumda, yargıcın hukuk etkisi verdiği kural, yargıcın kendi zihninin ürünüdür. Öte yandan Bentham, yargıçlar, diğer yargıçları ve karardan etkilenenleri hukuk yapmadıklarına ikna edebilirlerse, hukuk yapmada başarılı olurlar der ve muzipçe aslında bunu yaptıklarını ima eder. Common Law yargıçları, tarafları önceden bilmedikleri ve bilmedikleri için davranışlarında bir mihenk noktası olarak kullanamadıkları bu kurallarla bağlı olduklarını da kabul etmek zorunda bırakırlar. Bentham, bu geriye yönelik olarak kural koyma sistemine üç itiraz yöneltir: İlki, somut vakalarda söz konusu tarzdaki yasa ve kararlar, tarafların beklentilerini karşılamaz, boşa çıkarır. Dahası Common Law ideolojisi, sistemin sebep olduğu kayıpları telafi etmede, azaltmada ya da önlemede yargıcın adım atmasını imkansızlaştırır. Bentham’ın bakış açısına göre çok daha ciddi olan ikincisi, daha çok geçmişe yönelik tarzda işleyen hukuk biçiminin genel, sistematik sonuçlarıdır. Belirli beklentilerin karşılanmamasından ve en nihayetinde belirli durumlarda en azından geçersiz kılınabilen ya da tazmin edilebilen haksızlıklardan çok daha ciddi, hukuk sisteminin kendine karşı yaptıklarıdır: Hukukun birincil ve ağır basan erdemi, güvenlik, neredeyse tamamen zayıflatılır. Belki de daha derin bir itiraz olan üçüncü itirazını yaparken “köpek hukuku/dog law” tanımını kullanır. Geriye yönelik olarak kural koyma sisteminde, kişi önce cezalandırılarak suçu öğrenir, akla ve sorumluluğa dayanan bir itaat de saf dışı bırakılmış olur. Common Law, bir tür sosyal düzen gerçekleştirir, Bentham, Common Law’un bunu insanlara canavar hayvan muamelesi yaparak gerçekleştirdiğini iddia eder: Common Law düzeni, “köpek hukuku” olarak adlandırdığı, canavar disiplini. “Köpeğiniz, sizin bırakmasını istediğiniz bir şeyi yaptığında, onun o eylemi tekrar yapmasını beklersiniz ve bunun için ona vurursunuz. Bu sizin köpeğiniz için hukuk yapma biçiminizdir: “ve bu yargıcın sizin ve benim için hukuk yapma biçimidir. Öncesinde ne yapmaması gerektiğini söylemezler. Yapmaması gerektiğini söyledikleri şeyi yapana kadar yatarlar ve sonra yaptığı için onu asarlar.”<sup>53</sup>

Öte yandan Austin için “yargıcın hukuk yaratması”, hukukun “bağımlı kaynağı”dır. Mahkemeler görevlerini icra ederken diğer bir ifadeyle anlaşmazlıklarla ilgilenirken yargıç hukuk yaratır. Yazılı bir yasa olmadığı durumlarda dahi anlaşmazlığın giderilmesi, davanın bir karara bağlanması gerekir. Hakkın gözetil-

<sup>52</sup> Postema, s. 268, 269.

<sup>53</sup> Postema, 270, 271.



mesi, anlaşmazlığın çözülmesi için bu süreçte yeni bir kural yaratılmış olur. Mahir yargıçlar bunu yorum faaliyetinin ardına başarıyla gizlerken; mahir olmayan yargıçlara dayanan sistemler, çok başarılı olamazlar. Austin, toplumun, kendi davranışlarını yönlendirecek kurallar üzerindeki kontrolünü, bağımlı yargıçların tam bir yasa yapma gücüne erişmeleri durumunda kaybedeceğini belirtir. Bunun bir sorumluluk sorunu olduğu kanaatindedir: Yargıçlar “toplumun çoğunluğuna” karşı sorumlu olmalıdırlar. Bunun bir yolu, açık olduğu durumlarda pozitif hukukun uygulanması, diğer yolu ise, yargıçların tayin konusunun sadece kralın yetkisinde olmasından çıkarılarak, *gerçek egemen* ya da *devlete* hizmet etmelerinin sağlanmasıdır. “Tayin yetkisinin, genel olarak toplumun çıkarlarıyla çatışmayan bir tarafa verilmesi” gerektiği görüşündedir.<sup>54</sup> Yargı bağımsızlığı ile hâkim güvencesi birbirini besleyen unsurlardır. Hâkim güvencesi sağlanmadıkça yargı bağımsızlığından bahsedilemez. Bu nedenle örneğin modern hukuk sistemlerinde yargı bağımsızlığı ve hâkim güvencesi anayasal teminat altına alınmıştır. Ülkeler arasında farklar bulunsa da benimsenmiş genel standartlar: azil yasağı, re’sen emekli edilememe, maaş ve ödenekten yoksun bırakılmama, rızası dışında başka bir göreve getirilmeme, (ülkemiz 1961 ve 1982 Anayasaları’nda yer almayan) coğrafi güvence. Amaç, yürütme ya da yasama organının azil dışındaki çeşitli yollardan biriyle bir hâkimin/savcının mesleki hayatı ve özlük hakları üzerinde etkili olarak hakimlik teminatının zarar görmesini engellemektir.<sup>55</sup> Hakimlik teminatının kâğıt üzerinde kaldığı sistemlerde, bağımsız yargının olmamasından kaynaklanan sorunlara odaklanmak ve çözümü yargıyı bağımsız ve tarafsız yapacak mekanizmalarda aramak yerine, “Peygamber postunda oturan” adil hakim olarak Kaf Dağı’nın ardındaki Mehlika Sultan’a varmak için yola düşmek gibi “*çıkırığı yok bir kuyu*”dan<sup>56</sup> adalet devşirmeye çalışmak daha kolay olsa gerek. Öte yandan hâkim verdiği karar nedeniyle soruşturma geçiriyorsa, görev yeri değiştiriliyorsa, “*senin gücün hayır demek*”<sup>57</sup> diyerek ona moral vermektен fazlasını yapmaktır zorundayız.

Öte yandan Austin, yargıçların hukuk yaratmasının keyfi olabileceği tehlikesini görür ve bunun kontrol edilmesi gerektiğini belirtir. Önerileri şu şekildedir:<sup>58</sup>

- Üst derece mahkemelerinin bulunduğu, alt derece mahkemelerinin kararlarının temyiz mercilerince denetlendiği hiyerarşik yapıya sahip bir hukuk sisteminin varlığı. Örneğin, bizim adli yargı sistemimizde ilk derece mahke-

<sup>54</sup> Ertuğrul Uzun, ‘İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin’, Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2003, s. 21.

<sup>55</sup> Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 648; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 332.

<sup>56</sup> Yahya Kemal Beyatlı’nın Mehlika Sultan’ın aşıkları adlı şiirinden bir dize.

<sup>57</sup> There is No Evil / Şeytan Yoktur adlı, yönetmenliğini Mohammad Rasoulof’un yaptığı, İran filminden bir replik.

<sup>58</sup> Uzun, İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin, s. 22.

meleri, İstinaf mahkemeleri ve Yargıtay yer almaktadır. Austin'in önerdiği şekilde hiyerarşik bir yapı vardır. Fakat bunun Austin'in beklediği şekilde keyfiliği önleyip önlemediği tartışmalıdır.

- Yargıçların, yasa koyucunun bizzat kendisi bu olayla ilgilenmiş olsaydı ne yapacağı yolundaki düşüncesi tarafından yönlendirilmeleri. Örneğin, 4721 s. Türk Medeni Kanunu Madde 1: “*Kanun, sözüyle ve özüyle deşindiği bütün konularda uygulanır.*

*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*

*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” ve*

Madde 4: “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”*

- Salt “meslek çıkarını” koruyan kurumların (örneğin Baronun) ve diğer hukukçuların düşüncelerinin etkisinin azaltılması.

Austin, İngiliz hukuk sistemini eleştirirken, “kaosun ve karanlığın imparatorluğu” demektedir. Roma Hukukçuluğu konusunda ise genel ilkelerin büyük bir açıklıkla, incelikle kavrandığı ve bu ilkelerin, detayların açıklanmasına hayran olunacak şekilde uygulandıkları ve sonuç olarak pozitif hukuk sistemini tam ve tutarlı bir bütün olarak tanzim ettikleri tespitinde bulunur.<sup>59</sup> Bentham'ın İngiliz Hukuk Sistemine yönelttiği eleştiriler ise yukarıda belirtildiği şekilde çok daha serttir. Common Law'da yasa metinlerinin kaleme alınmasındaki sorunları, düzeltilabilir bulmakla birlikte “küçük sinekleri ve böcekleri yakalayabilen ama eşek arılarının geçmesine izin veren antik barbarlık sistemi”nin yıkılması gerektiğini de söyler. Bentham'ın görüşüne göre, Common Law'un doğasında, zoraki cehalet ve terör teknikleriyle kontrol etmenin kökleri bulunmaktadır ve bunun iki önemli sonucu vardır: toplumu küçük düşürücü bir bağlılığa çeker ve hukukla örtülen uğursuz çıkarlarla insanların soyulmasına ve baskıya olanak sağlar.<sup>60</sup> Örneğin, 18. yy'da İngiltere'de, çoğunlukla mülkiyete karşı suçlar için ceza kanunlaştırmasında, özellikle ölüm cezalarında, muazzam bir artış görülmüştür. *Parlamentonun faaliyeti, acele, sistematikten yoksun ve körlemesine tepkisel olmuştur.* Cezalar, hem halk kitlelerinden algılanan tehdide karşı egemen sosyal hiyerarşiyi korumak için tasarlanmışlardır hem de her bir olayda hissedilen yeni tehdide karşı *olay temelli* ve şiddetli bir tepkisellik taşımaktadır. Bu tepkisel ceza yasalaştırmasına karşı alaycı, aşağılayıcı bir eleştiri getirir Bentham: Şalgam-

<sup>59</sup> Cotterrell, s. 91.

<sup>60</sup> Postema, s. 260.

larını çaldıran bir toprak ağası, çalışmalara başlar ve şalgam çalınmasına karşı kanlı bir ceza getirir. Ama cezanın patatesleri kapsamadığını ve ertesi yıl aynı olayın patateslerinin başına geleceğini kavrayamayacak kadar da idrak yoksundur. İngiliz modern yasama faaliyetinin iki ilkesi, *tutkularınız alevlenene kadar parmağınızı bile kıpırdatmayın ve burnunuzun ucunu dahi görmeyindir!* Yüzyıl ortalarında İngiliz Common Law sisteminin kafa karışıklığı devam etmekteydi. İdam cezalarına ilişkin bir katalog yayınlanmıştır, bu katalogta mülkiyet ihlali suçlarına karşı nadiren verilen bedensel cezalar bile düzenlenmiştir ancak beterin beteri olarak adlandırabileceğimiz suçlar dışarıda bırakılmıştır. Örneğin, koyun ya da at çalarsanız, birinin cebinden para çalarsanız cezanız ölümken, babanızı öldürme girişiminiz kabahat olarak görülmüştür. Tüm bunlara ek olarak Bentham, sistemin esas aldığı varsayımı -kanunu bilmemek bir mazeret değildir- da eleştirmektedir: Kanunu bilmemek bir mazeret değildir varsayımı çok az insanın hukuki tavsiye alabildiği bir ortamda çoğunluk için sadece kötü bir şakadan ibarettir. Bentham, insanların, neyi bilmeleri gerektiğini ve neyi yapabildiklerini bilemedikleri için mahvolduklarını dile getirir. Öte yandan Common Law, yalnızca saçma ve bilinmez değil, ayrıca vahşidir. Drakon Yasaları<sup>61</sup> -suçun tüm aşamaları karıştırılmış ve tüm ceza oranları tahrip edilmiş anlamında- olarak adlandırılabilir.<sup>62</sup> Bentham'a göre, cehaletin manipüle edilmesi, karmaşıklık ve habis amaçlar için tercih edilen terör dönemin yasama faaliyetinde de bariz olan, hukukun rasyonel sisteminden yalnızca bir sapma olarak görülemez. Sapmadan ziyade, yazımı yüzyıllar süren bir destanın beklenen bir bölümünü oluşturmaktadırlar. *Eğer toplum gelişme görmek istiyorsa, hukuk reformu yapılmalı; eğer reform yapılmak isteniyorsa, o hukukun kökü yakılmalı ve yeni ve akli modele göre yeniden inşa edilmelidir.*<sup>63</sup> Common Law sadece bir hukuk anlayışı değildir, Westminster Mahkemeleri'nin dışında İngiliz toplumunda ve politikada oynayacak bir rolü olan inanç ve tutumları şekillendiren bir çerçevedir. 18. yy boyunca politik ilkeler ve fikirler üzerindeki baskın anlayış olduğu için Bentham'ın eleştirileri ayrı bir teori olmamış ve olamamıştır. Bir hukuk teorisi olmaktan ziyade egemen politik ideolojiye bir başkaldırı olarak görülmüştür ve Bentham da kesinlikle bunun bilincindedir.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Draconian Law, Drakon Yasaları, MÖ. 621'de Draco tarafından hazırlandığı iddia edilen Athena Sitesinin geleneksel hukuk kodlarıdır. Drakon Yasalarının ana kaynağı olarak Aristoteles, Drakon'un Athena kurallarını yazılı hale getiren ve piyadelere ve alt sınıf askerlere vatandaşlık tanıyan bir anayasa hazırlayan kişi olduğunu iddia etmektedir. Draco Hukuku, mürekkeple değil kanla yazılan acımasız bir hukuk olarak adlandırılmaktadır. <https://www.britannica.com/topic/Draconian-laws> (erişim tarihi 03.05.2021).

<sup>62</sup> Postema, s. 258, 259 ve 8. Bölümde 8. Dipnot.

<sup>63</sup> Postema, s. 260.

<sup>64</sup> Postema, s. 303-304.

Kendinde Luther ışığı gören Bentham, gizemin iki temel aracının hukukçularca ustalıklarla kullanıldığını düşünmektedir. İlk olarak hukukçuların kullandığı hukuk dili sorunu vardır: hukuk jargonu ve jargonun oluşturulması. Bentham, hukukçuların resmî belgelerde, sözleşmelerde, gayrimenkul alım satımına özgülenmiş belgelerde, ithamlarda, savunmalarda, kararlarda kullandıkları dilin yorucu, uzun ve doğal olarak insanların kullandıklarından farklı olduğunu ve üçlü habis amaçlara hizmet ettiğini iddia etmektedir. Söz konusu bu üçlünün ilki, hırsızın riyakâr sözleri gibi; falcılık, astroloji, simya, büyü gibi sahte bilimlerin başkalarının anlamadığı dilleri gibi hukukçular da kendi aralarındaki birliğin dışarıya kapalı sınırnı, yeniliğe direnerek ve rahatlıklarını pekiştirerek hukuk dili ile oluştururlar. İkincisi, hukuk dili, avukatlık ücretleri ve inanılmaz sayıda fazla ve karışık yargılama işleriyle bir çeşit soygun aracıdır. Üçüncü ve sonuncusu, hukukçuların etrafında -eleştiriyi küçümseyen, hukuk reformunu gerçekleştirme görevi için insan ürünü fakültelerin yeterli olmadığı izlenimini destekleyen- bir korku atmosferi yaratır. Sonuç olarak tüm bu hukuk dili kullanımı, hukukun eksiklerini, hatalarını saklar, eğer günlük bir dil kullanılsa herkesin göreceği bu kusurlar böylece görünmez ve örtülür. Bentham, hukukçuların kullandığı dil ve kıyafetler konusundaki eleştirisini şu şekilde de dile getirir: Sultan Süleyman'ın,<sup>65</sup> hâkim sıfatıyla sıradan bir sandalyede, sıradan bir dili kullanarak, başında peruk olmaksızın sadece kendi saçlarıyla otururken; Bartholon'un Lordlar Kamarası koltuğunda, mor, pahalı ketenler ve peruklar içinde davacı ve davalının iddialarını dile getirdiğini, davacı ya da davalı yerine mahkemede vekalet ettiğini söyler.<sup>66</sup>

Common Law'un dayandığı gelenek konusunda da Bentham eleştiride bulunur. Doğal hukuka ya da akla atfedilebilecek tek somut, belirleyici içerik, doğal hukukun ve doğal aklın soyut olmasından dolayı, tamamen özel ve özeldir. Bu nedenle de hukukun, kuralların, kararların, eylemlerin değerlendirilmesinde ortak kamusal bir standart öneremezler. Hukuk ve muhakeme açısından bunun iki kötü sonucu vardır: a) Yargısal kararların gerekçelendirilmesi, tamamen kamusal alandan çıkarılmıştır. Yargısal kararlar, tamamen kişisel duygu ve kaprise dayanan doğal hukuka ya da doğal akla dayanırlar. b) Bu da hukukun, hukuka tâbi olanların habis çıkarlarıyla yönlendirilmesine ve yozlaşmasına sonuna kadar kapı açar.<sup>67</sup> Özetle Bentham, hukukun doğasında bulunan akla uygunluğun yanı sıra tarihsel ve dolayısıyla popüler öncüllerle de meşrulaştırıldığını, akla aykırı, doğal hukuka aykırı, kadim geleneklere aykırı demenin aslında tek bir anlama geldiğini, “*benim isteklerime aykırı*” demek olduğunu dile getirmektedir.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Peygamber olan Sultan Süleyman.

<sup>66</sup> HLA. Hart, *Essays on Bentham Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, 2001, s. 29, 30.

<sup>67</sup> Postema, s. 264.

<sup>68</sup> Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (çev. Fatma Süzgün Şahin, Serdar Ünver), Astana Yayınları, 2016, s. 114.

Bentham'ın hukukun gizemli hale getirilmesi ve hakimler konusundaki eleştirilerini Türk hukuk sistemi açısından da değerlendirmek mümkündür. Şöyle ki, usul hukuku kurallarının baş tacı olarak nitelendirilebilecek olan yargılamanın aleniliği, çeşitli açılardan sürekli ihlal edilmektedir. Aleniyet ilkesinin tarihi Batı hukuk sisteminde İngiltere'nin 1066'da (William the Conqueror) Fatih William tarafından ele geçirilmesiyle başlamaktadır.<sup>69</sup> Yine benzer şekilde kovuşturmanın aleni olması da bugün için ne kadar temel ve elzem görünse de -hakim ve jüri sisteminin izi Orta Çağ'a kadar sürülebiliyorken- kovuşturmanın aleni olması tarih sahnesine Tudor döneminde çıkarak hukuk sistemine oldukça geç bir giriş yapmıştır.<sup>70</sup> İslâm Hukuku, Had suçlarında suç aleniyet kazanmamışsa, suçu kişi ile Allah arasındaki alana terk etmekteydi, öte yandan mahkemelerde yargılamanın aleniyetini ve kadının adil bir karar vermek için daha özen göstermesini sağlayan “şühûddü”-“l-hâl” denilen ahali de bulunurdu.<sup>71</sup> Mecelle'nin 1815. maddesinde “*Hâkim, yargılamayı alenen yürütür. Fakat hüküm vermeden önce ne şekilde hüküm verileceğini açığa vurmaz.*” şeklinde dile getirilmiştir.<sup>72</sup> Günümüzde hem Anayasa'da hem de CMK'da ve HMK'da<sup>73</sup> aleniyet ilkesi düzenlenmiştir. Kemal Gözler, çok doğru bir yaklaşımla aleniyet ilkesinin sadece duruşmayı kapsar şekilde anlaşılmasını eleştirmektedir. Gözler, “*Muhakeme hukukunda alenî olan şey, sadece “duruşma” değil, “yargılama”nın bütünüdür. Mahlum “duruşma”, “yargılama”nın sadece bir safhasıdır. “Yargılama” kavramı “duruşma” kavramını da içine alan, ondan çok daha geniş olan bir kavramdır. Eğer alenilik ilkesi, yargılamanın değil, sadece duruşmanın aleniliği şeklinde anlaşılrsa, bu ilkenin sağladığı güvence, hukuk ve ceza yargılamalarında çok büyük ölçüde daralır. İdarî yargıda ise bu ilke, anlamını tamamıyla yitirir; çünkü, bilindiği gibi, idarî yargıda istisnaen duruşma yapılır ve prensip olarak yargılama dosya üzerinden yürütülür.*”<sup>74</sup> demektedir. Yine Gözler, mahkeme kararlarının yayınlanmasında bir engel olmadığını belirtir. Gözler'e göre, bir yargı organı tarafından verilen ve yargı organının yargılama fonksiyonu içinde yer alan kararların FSEK m.31 kapsamında yayınlanmasında bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki, yargılamanın aleniyeti gibi

<sup>69</sup> Legal History: Origins of the Public Trial, Indiana Law Journal: Vol. 35, Iss. 2, Article 8, 1960, s. 251. (İlgili derginin notlar bölümünde yer aldığı için yazarın adı belirtilmemiştir).

<sup>70</sup> John H. Langbein, ‘*The Origins of Public Prosecution at Common Law*’, The American Journal of Legal History, Cilt: XVII, Yıl: 1973, s. 313. [https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein\\_Origins\\_of\\_Public\\_Prosecution\\_at\\_Common\\_Law.pdf](https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Origins_of_Public_Prosecution_at_Common_Law.pdf) (erişim tarihi 22.08.2021).

<sup>71</sup> İbrahim Orkun Atalay, “*Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme*”, EÜHFD, Cilt: XI, Sayı: 3-4, Yıl: 2007, s. 248, 243.

<sup>72</sup> Yusuf Sancak/ Emre Kıyak, ‘*Günümüz Türkçesiyle Mecelle'nin On Altıncı Kitabı Kitâbül Kazâ: Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme*’, SÜHFD, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2014, s. 72.

<sup>73</sup> Anayasa m.141; HMK m.28/1; CMK m.182/1.

<sup>74</sup> Kemal Gözler, *Alenî Olan Ne? Duruşma mı, Yargılama mı?* <https://anayasa.gen.tr/alenilik.htm> (erişim tarihi 29.10.2021).

temel bir hukuk ilkesinden de hareket ettiğimizde yargı kararlarının yayınlanmasında ve ulaşılabilir olmasında bir engelin olmaması gerekmektedir.

Ankara Türkiye’de S, 1 Ekim 2021 tarihinde Google arama motoruna Texas Country Courts yazmıştır. Çıkan seçenekler içerisinde Trial Courts<sup>75</sup> seçeneğini seçmiştir. Açılan sayfada rastgele yaptığı aramalarda örneğin, 14 Aralık 2001- 6 Nisan 2021 tarih aralığındaki nefret suçlarının bilgilerine ulaşmıştır.<sup>76</sup> Texas Judicial Council’in (Texas Yargı Komisyonu) toplantı geçmişine ve toplantıların gündemlerine ulaşmıştır.<sup>77</sup> Site içerisinde gezinirken edindiği bilgilerden yola çıkıp Texas’a bağlı Travis Mahkemelerine ulaşmış ve yine rastgele yaptığı aramalarda eğer Texas’ta bir avukat olsaydı, gizlilik kararı alınanlar dışındaki tüm kararlara ulaşabileceğini öğrenmiştir.<sup>78</sup> Mahkeme kararlarına ulaşmak hukuk sistemimizde gerek avukatlar gerekse vatandaşlar için kolay değildir. İlk derece mahkemelelerinin kararlarına erişim mümkün değildir, aynı şekilde istatistiklerine de erişim mümkün değildir; Yargıtay ve Danıştay kararlarının ise sadece bazıları internet üzerinden yayınlamaktadır. Ücretli siteler üzerinden kararlara erişim ise başlı başına bir tartışma konusudur. Zira bu kararlar vatandaşın ve avukatın erişimine kapalı iken bir şirkete açık olması, ücret karşılığı sitenin bu kararları paylaşması aleniyet değil, olsa olsa devletin edindiği (kararlar üzerindeki) mülkiyeti<sup>79</sup> (!) ücreti mukabilinde kullandırmasıdır. Kişisel verileri korumak hassasiyeti de göz önünde bulundurularak, tıpkı şirketlerin yaptığı gibi isimler saklanarak tüm kararların erişime açık olması gerekmektedir ki Bentham’ın ileri sürdüğü hakimler üzerindeki halk denetimi hayata geçebilsin. S, için ilginç olan bilgilerden biri de Bölge Mahkemesi (District Court) hakimlerinin kimler olduğunu da görebilmesi olmuştur.<sup>80</sup> S, daha sonra kendi ülkesinde Ankara Mahkemeleri şeklinde bir arama yapmıştır.<sup>81</sup> Mahkemelerin adreslerine ulaşmış, Cumhuriyet Başsavcısının ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu üyelerinin kimler olduğu bilgisine ulaşmıştır. Travis County 53<sup>rd</sup> Civil District Court hâkimi The Honorable Maria Cantu Hexsel’in resmine ve ofis numarasına, ofisinde çalışanların numarasına ulaşmış olmasına rağmen Ankara Mahkemeleri için ulaştığı sitede, yalnızca santral numarasına ve ön büro ve kalem numaralarına erişebilmiştir.<sup>82</sup>

<sup>75</sup> <https://www.txcourts.gov/> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>76</sup> <https://www.txcourts.gov/media/1452714/20210830-hate-crimes-updated.pdf> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>77</sup> <https://www.txcourts.gov/tjc/meetings-agendas/> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>78</sup> <https://www.traviscountytexas.gov/district-clerk/public-access> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>79</sup> Bir mülkiyetten bahsedeceksek, bu ücretin davanın taraflarına ödenmesi ve hatta belli durumlarda kararı veren yargı mensubuna da ödenmesi gereklidir, fakat fikri mülkiyet tartışması başlı başına bir araştırma konusudur, burada sadece kısaca değinilmektedir.

<sup>80</sup> <https://www.traviscountytexas.gov/courts/civil/district> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>81</sup> <https://ankara.adalet.gov.tr/mahkemeler> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>82</sup> <https://ankara.adalet.gov.tr/iletisim> (erişim tarihi 29.10.2021).



S, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi şeklinde yaptığı aramada ise sadece isimlere ulaşmıştır. Başsavcı dışında ve sitede yer alan haber niteliğindeki görseller dışında yargı faaliyetini sürdüren kişilerin sadece isimlerine, mahkemeler arası iş bölümüne vb. bilgilere, bir anlamda genel geçer bilgilere ulaşmıştır. Yargılamayı yapan kişiler, sıradan vatandaş için “görünmez”<sup>83</sup> ve ulaşılmaz insanlardır. Bentham’ın hukukun gizemlileştirilmesi şeklinde eleştirdiği de tam olarak budur. Görünmeyen, etki altında kalacakları endişesiyle (sadece) sıradan vatandaş için kendilerine ulaşılması imkânsız olan ve verdikleri kararların altında dahi zaman zaman isim yerine sicil numaraları yazan hâkim ve savcılar gizemli, mistik bir hukuk sisteminden başka bir şey değildir. Tarafı olduğunuz bir davada ilk kez duruşmaya gideceğinizi düşünelim. O gün eğer hâkimin rahatsız olduğunu ve yapılacak olan işin davayı başka bir tarihe ertelemek dışında bir şey olmadığını ve kâtibinin bunu zaten çok güzel yapacağını düşünmüş ve kâtime “Yerime sen gir, idare et beni bugün.” demiş olduğunu farz edelim; siz hâkimin, hâkim olmadığını anlayabilir misiniz? Şüphelenseniz dahi bunu dile getirebilir misiniz? Aşırı ve fantastik bir örnek gibi değerlendirilebilir, fakat temmuz ayında gazetelere yansıyan haberde kişi, savcı eşini dahi kandırmıştı hâkim olduğu konusunda...<sup>84</sup> Karşılaştırmanın Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile yapıldığı eleştirisine karşı şu yanıtı vermek mümkündür. Öncelikle kararların bağlayıcılığı değil, aleniliği ve yargıda alenilik karşılaştırması yapılmaktadır. Bir Kıta Avrupası ülkesi olan Fransa’da, içtihatla bağlılık ilkesi kabul edilmiş olmasa da yargı kararlarına internet üzerinden ulaşmak mümkündür. Danıştay ve Yargıtayın yanında ilk derece mahkemelerinin kararlarına da resmi Legifrance<sup>85</sup> sitesi üzerinden ulaşmak mümkündür. Ayrıca Danıştaya ait ArianeWeb<sup>86</sup> sitesi üzerinden 1873’ten itibaren idari yargıya ilişkin dönüm noktası oluşturan tüm kararlara erişilebilmektedir. Bunların yanında Fransa Ulusal Kütüphanesinin dijitalleştirme projesi olan Gallica<sup>87</sup> veritabanı üzerinden de 1804-1909 arasında Yargıtayın hukuk davalarındaki kararlarına ilişkin hemen hemen tüm bültenlere ulaşmak mümkündür.

Özetlemek gerekirse, hukuki pozitivizmin klasik yorumcuları olarak Bentham ve Austin arasında, hukuk, egemen, emir ve yaptırım tanımlarında farklılıklar bulunsa da Common Law eleştirisi konusunda uzlaşmaktadırlar. Austin, faydadandan yola çıkaracak pozitif hukuktan beklentisini özetlemektedir. Eğer fayda,

<sup>83</sup> Örneğin, <https://ankarabam.adalet.gov.tr/baskanlar-kurulu> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>84</sup> <https://www.posta.com.tr/son-dakika-hakim-oldugunu-soyleyen-kadindan-seytani-plan-savci-kocasini-bile-kandirmis-2353126> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>85</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab\\_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true](https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true). (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>86</sup> <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>87</sup> <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34488540t/date.r=cour+de+cassation.langFR> (erişim tarihi 29.10.2021).



pozitif hukuk ile ahlakiliğin en yakın oldukları noktaysa, insanlar arasında devam eden davranış kuralları ile Tanrı tarafından konulan kuralların birbirine uyması imkânsız olacaktır. Tanrının iradesinin işareti tamamlanmamış ve belirsizdir. Kurallarıyla bağlı olan insanlar için anlaşılması güç şekilde ifade edilirler ve kaçınılmaz ve gönülsüz bir yanlış yorumlamanın konusu olurlar. Fayda ilkesinde biçimlenen pozitif hukuk ve ahlakilik, insan eylemlerinin eğilimlerinde gözlemlenir ve onlardan çıkarılır. Bu eylemler mükemmel şekilde belirlenip, sınıflandırılana ve sonuçları incelenip, benzer bütünlüklerle değerlendirilene değin, fayda ilkesinde biçimlenen pozitif hukuk ve ahlakilik öyle ya da böyle kusurlu ve eksik olacaktır. Sınırsız sayıdaki insan eylemleri ve bu eylemlerin sınırsız sayıdaki sonuçları düşünüldüğünde, bunların tamamını sınıflandırma ve etkilerini derleme işi, yaratılmış ve sonlu varlıkların sınırlı olanaklarını aşmaktadır. Aynı şekilde, eğer fayda pozitif hukuk ve ahlakiliğin en yakın olduğu noktaysa, genel ve avam etik kusur ve yanlışları nedeniyle pek de çare olmayacaktır.<sup>88</sup>

Hukuk ve ahlakilik ilişkisine, hukukta doğal hukukun asgari içeriğini kabul ederek yeni bir yaklaşım getiren düşünür Herbert Lionel Adolphus Hart'tır. Esasında günümüz hukuki pozitivizmi 3 temel iddia üzerinde yükselir: a) Ayrılabilirlik Tezi: Hukukun içeriğinde *zorunlu* ahlaki kısıtlamaların varlığını reddeder. Her nedense hukuk-ahlak birlikteliğinin zorunlu olmaması çoğu öğrenci nezdinde infial yaratmaktadır. Ahlakın dışlandığı bir toplum tahayyülüne kapılmaktalar ve ahlaki zorlamanın toplum için zorunlu olduğu fikrinde birleşmektedirler. b) Köken Tezi: Hukuki geçerliliğin zorunlu ve yeterli koşullarını yasanın kim tarafından ya da nasıl kabul edildiği üzerinden açıklar. c) Takdir Hakkı Tezi: Hakimlerin zor davaları yeni hukuk yaratarak çözdüğünü ileri sürer. Hart, bir pozitivist olmasına karşın, doğal hukuk doktrinlerindeki tartışmasız gerçeğin özünü kabul etmektedir. Hart'a göre hukuk, toplumsal bir fenomendir. Yalnızca toplumun gerçek pratiklerine dayanılarak anlaşılabilir ve açıklanabilir. Hart'ın hukuk teorisi anlayışının sadece konuyla ilgili olan kısmına, tanıma kuralına, odaklanmak istiyorum: Bentham ve Austin'in hukuk teorisi anlayışları, hukuku emir teorisi üzerinden, egemen üzerinden, açıklamaktaydı. Hart, ise kurallar üzerinden açıklamaya çalışmıştır. Emir teorisi, egemeni hukukun üzerine yerleştirmekteydi; bu ise yasa koyucuların yasama usullerine uyma zorunluluğunu göz ardı etmektedir.<sup>89</sup>

Kaynak: Egemen



Ürün: Hukuk

<sup>88</sup> John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, s. 77.

<sup>89</sup> Wacks, s. 138, 140.

Bu basit tabloda da görüldüğü üzere hukuku yapan egemen, kendini onunla bağlı görmezse ne olur? Yasa koyucu *temel yasama usullerine* uyma zorunluluğunu göz ardı ederse ne olacak? Zaten bu kadim sorunlar nedeniyle sınırlı iktidar, anayasal sınırlar, bireysel haklar, idare hukuku üretilmiştir. Üretilmiştir, çünkü insan ihtiyaç duyduğunda alet yapma becerisine sahiptir ve hukuk da onun ürettiği aletlerden biridir. Bir anlamda Hart da kural temelli bir hukuk teorisinden yola çıkarak bu yapılmışlığa vurgu yapmaktadır.

Austin'e göre, bağımsız ve siyasi bir toplum ancak kendisine alışkanlıkla itaat edilen kişi ya da grubun, belirli ve üstün başka bir kişi ya da gruba itaat alışkanlığı taşınamasıyla oluşabilir. Modern devletin soyguncudan farkı da kendi egemenlik alanında bir çeşit üstünlüğünün olması ve diğer aktörler karşısında bağımsızlığının olmasıdır. Bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için, itaat eden itaat edilen ikiliğinin olması; tehditle desteklenmiş genel emirler yayımlayan kişi ya da grupların olması ve itaatsizlik durumunda tehditlerin gerçekleşeceğine dair bir inancın olması gerekmektedir. Aşına olduğumuz klasik tanıma göre, ülke içinde üstünlük ve dışarıda bağımsızlık söz konusudur. Görüldüğü üzere Austin'in tanımı hukukun zorlayıcı yönüne, egemene ve cebre, odaklanmaktadır. Hart ise kurallar ve yargısal kararlar etrafında insan davranışının cebre başvurmadan düzenlendiği yolları göstermeye odaklanır.<sup>90</sup> Hart'a göre, bir toplumun varlığını sürdürebilmesi için belirli kuralların var olması gerekmektedir. Ahlaki yükümlülüklerin diğer sosyal standart ve kurallardan farkını önem, kasıtlı değişimlerden bağımsızlık, ahlaki ihlallerin rızai karakteri ve ahlaki baskının özel biçimi olarak 4 kriterle açıklamaktadır. Bu dört kriter, kuralların ya da standartların ahlaki olabilmeleri için gereken zorunlu bir içeriğe hatta bu kural ve standartların, sosyal hayatta hizmet etmeleri gereken herhangi bir amaca atıfta bulunmaz. Asıl olarak insanlara ya da şeylere karşı şiddetin kullanımının bazı yasaklanma biçimlerinde, ahde vefa, doğruluk ve adil davranma gerekliliklerinde ahlakiliğin bulunabileceğinde ısrar edilmesi gerekmektedir. Eğer insanlar sürekli olarak bir arada yakınlık içinde yaşayacaksa, tüm bu sayılan özellikler, fizik dünyanın niteliği ve insan doğasının kesin doğruluğu verili kabul edilerek, esas olarak kabul edilirler ve bu sebeple eğer bunu sağlayan kuralların ahlaki önemle ve oluşturduğumuz statülerle bahsedilmemesi sıra dışı olacaktır. Kişisel çıkarların kurban edilmesini gerektiren kurallar, bir arada yaşamak için ödemesi gereken bir bedel olmaktadır ve tüm bunlar doğal hukuk doktrinlerindeki gerçeğin tartışmasız özünü inşa ederler.<sup>91</sup> Bu noktada şöyle bir değerlendirme yapmak mümkündür: Hukuk, belirli bir zaman ve yerdeki X grubunun her çatışmasında "kazan-kazan" politikası sağlayamaz ya da bunu sağlayan hukuk tarafsız olamaz. Demokratik ve hak temelli bir toplumda yaşamının ön şartı, kazançlar temelli bir birliktelik değil, kayıplar temelli bir bir-

<sup>90</sup> Şule Şahin Ceylan, *H.L.A. Hart'ın Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, 2014, s. 38, 39.

<sup>91</sup> Hart, s. 180, 181.

likteliktir, diğer bir ifadeyle “kaybet-kaybet” politikasıdır. İnsanların sistemden beklentisi, diğerinin de kaybedeceğinin garantisinin verilmesidir. Kişi, bir arada yaşamak için sadece kendisinin değil, diğerinin de ödün verdiğinden emin olmak ve bunu görmek ister. Bu nedenle Hart’ın hukuki pozitivizmi, belirli bir kesimin en azından görünürde daima kazandırılmadığı toplumlarda sağlıklı işleyebilir.

Hart’a göre, hukuk ve ahlak arasında birkaç farklı tür ilişki vardır. Bunlardan bir tanesini seçip ona odaklanmak faydalı olmayacaktır. Bunun yerine, hukuk ve ahlak arasında bir ilişki olduğunu inkâr eden ya da bu konuda ısrar eden çalışmalar arasındaki farkı ortaya koymak daha yararlı olacaktır. Zaman zaman hukuk ve ahlak arasında neredeyse kimsenin inkâr etmediği bir ilişkinin varlığı iddia edilir. Öte yandan bu ilişkinin varlığının tartışmasız kabulünü, çok daha şüpheli bir ilişkinin işareti olarak görmek doğru olmayacaktır. Bu nedenle her zaman ve her yerde hem belirli sosyal grupların ideallerinden hem de geleneksel ahlakilikten ve hatta ahlaki ufukları kabul edilen ahlakiliği aşanların, aydınlanmış ahlaki eleştiri biçimlerinden etkilenen bir hukuk gelişimine ciddi şekilde karşı çıkılamaz. Bir sonraki aşama için bu gerçeği örtük kabul mümkündür: Diğer bir ifadeyle bir hukuk sistemi ahlakilik ya da adaletle belirli bir uyum göstermelidir ya da bu hukuka itaat edilmesi gerektiğine dair bir ahlaki ödevin olduğuna dair yaygın kabul görmüş bir inanişaya dayanmalıdır. Bu sav bir bakıma doğru olsa da buradan bir hukuk sisteminde kullanılan belirli yasaların hukuki geçerlilik kriteri, açıkça olmasa da zımnem, ahlakiliğe ya da adalete referansı içermelidir sonucuna ulaşılamaz. Hart, *The Concept of Law*’da hukuki pozitivizmi, basit belirli ahlaki arzuları tatmin eden ya da yeniden üreten yasaları asla zorunlu bir doğruluk anlamında olmadan basit bir içerik anlamında ele almıştır ki aslında sıklıkla yasalar ahlaki arzuları tatmin eder ya da yeniden üretir. Fakat bu görüşü kabul edenler ya sessiz kaldıklarından ya da ahlakiliğin doğasıyla ilişkin olarak daha fazla farklılaştıklarından hukuki pozitivizmin reddedildiği iki farklı biçimle ilgilenmek zorunludur. Bunlardan biri, klasik doğal hukuk teorilerinde açıkça ifade edilir: İnsan davranışlarının, eğer insan yapımı hukukun geçerli olması isteniyorsa, insan aklıyla keşfedilmeyi bekleyen belirli ilkeleri vardır. Diğerisi ise, ahlakiliğin daha az rasyonel biçimini ele alır ve hukuki geçerlilik için ahlak değerleri ile bağlantıyı önerir.<sup>92</sup>

Hart, yine *The Concept of Law*’da basit gerçeklikleri ve onların hukuk ve ahlakilik ile olan ilişkilerini dikkate alarak, hukuk ve ahlakilik ilişkisinin özel bir içeriği olmasını temellendiren olguların incelenmesinin önemli olduğunu belirtir. Savın genel biçimi, -basit şekilde- hukukun ve ahlakın söz konusu içeriği olmaksızın insanların bir araya gelmekte güttükleri hayatı idame ettirme amacının sürdürülelemeyeceğidir. Bu içeriğin olmaması durumunda, insanların herhangi bir kurala gönüllü itaatleri için bir sebepleri olmayacaktır ve kurallar koymanın

<sup>92</sup> Hart, s. 185, 186.

ve sürdürmenin çıkarlarına olduğunu düşünenlerin gönüllü işbirliği olmaksızın kurallara isteyerek uymayanların baskılanması imkânsız olacaktır. Bu açıdan, doğal olgular ile hukuki ve ahlaki kuralların içeriği arasındaki akli ilişkiyi belirgin şekilde vurgulamak önemlidir. Doğal olgular ile hukuki ve ahlaki kurallar arasındaki ilişkinin farklı biçimlerini incelemek hem olası hem de önemlidir. Böylece fiziksel, psikolojik ya da ekonomik koşullar tatmin edilmedikçe, hukuk ya da ahlak kodları sistemi kurulamaz ya da söz konusu yasalar sadece belli bir türe uyma işlevini görebilirler. Doğal koşullar ve kurallar sistemi arasındaki söz konusu tarzdaki ilişkiler akılla uzlaştırılmazlar, çünkü bilinçli hedeflerin ya da kurallarının bir amacının olmasıyla ilgili değillerdir. Bir topluluğun ahlaki ya da hukuki kodlarının oluşması ve sürdürülmesi için zorunlu koşullar olduğu söylenebilir, fakat topluluğun bunu kabul ediyor olması ahlaki ya da hukuki kodların nedeni değildir. Elbette, bu tür nedensel ilişkiler bilinçli hedefler ya da amaçlara dayanan ilişkilerle çatışmaz. Aslında söz konusu nedensel ilişkiler bilinçli hedeflerden daha da önemli olabilir; zira insanların, Doğal Hukukun başlangıç noktası olarak aldığı, bu bilinçli hedef ve amaçları neden seçtiklerini açıklama kabiliyetine sahip olmaları mümkündür. Bu tarz nedensel açıklamalar ne bilinçli hedeflerle ne de sebeplerle uzlaştırılan gerçekliğe dayanmaz: Bunlar mümkün olduğunda deneye ve incelemeye dayanan genelleme ve teori metotlarıyla kurulan diğer bilimler gibi sosyoloji ve psikoloji içindir. Bu tür gerçeklikler 1) insan kırılğanlığı 2) yaklaşık eşitlik 3) sınırlı özgecilik 4) sınırlı kaynaklar ve 5) sınırlı irade gücü ve anlayışı gibi Hart'ın (David Hume'dan etkilenerek) insanlık durumu olarak belirlediği gerçekliklerden farklıdır.<sup>93</sup> Bu sınırlılıklardan ötürü, kişileri ve mülkiyeti koruyacak; ahde vefayı sağlayacak kurallara ihtiyaç duyulur. Ancak buna rağmen Hart, hukukun ahlaki kurallardan türetildiğini ya da ikisinin arasında zorunlu bir kavramsal ilişki olduğunu söylememektedir. İnsanın kırılğanlığından dolayı kabul etmek zorunda kaldığımız mülkiyeti korumaya, ahde vefayı sağlamaya vb. yönelik kurallar doğal hukukun asgari içeriğini kabul etmek anlamına gelmektedir Hart için. Fakat doğal hukukun asgari içeriğinin kabul edilmesi adil ve hak temelli bir toplumu garantilememektedir.<sup>94</sup>

Yasamanın, mahkemelerin ve benzer türde diğer resmi organların olmadığı bir toplum tasavvuru elbette mümkündür. Aslında, ilkel topluluklara ilişkin çalışmalar sadece sosyal hayatı betimlemezler ayrıca böyle bir topluluğun olabilirliğini de gösterirler. Söz konusu toplumlarda sosyal kontrolün tek aracı, yükümlülük kurallarını nitelendiren grubun kendi davranış standartlarıdır. Bu türdeki sosyal yapılar genel olarak “gelenek”lerden kaynaklanan bir yapı olarak tanımlanır, öte yandan Hart bu kavramı kullanmayacağını belirtir. Çünkü söz konusu kavram sıklıkla, eski olan geleneksel kuralları ve sosyal baskının daha fazla destekledik-

<sup>93</sup> Hart, s. 193-197.

<sup>94</sup> Wacks, s. 141.

lerini işaret etmektedir. Hart bu tarz zorluklardan kaçınmak için, bu tür sosyal yapıyı birincil yükümlülük kurallarından kaynaklanan bir sosyal yapı olarak tanımlar. Eğer bir topluluk sadece birincil kurallarla yaşayacaksa, insan doğası ve içinde yaşadığımız dünya hakkında en bariz gerçeklikleri mümkün kılan koşullar tatmin edilmelidir. Bu koşullardan ilki, şiddetin rahatça kullanılmasını, hırsızlığı ve hileyi sınırlandıran kuralların olmasıdır. Şiddetin rahatça kullanılması, hırsızlık, hile insanların eğilimli oldukları fakat genel olarak eğer başkalarıyla bir arada yakın bir yaşam istiyorlarsa bastırmaları gereken şeylerdir. Söz konusu kurallar aslında ilkel toplumlarda dahi bulunabilir. Bu tarz toplumlar ortak yaşama hizmet etmek ve ortak yaşama katkı sunmak için bireye pozitif ödevler yükleyen toplumlardır. İkincisi söz konusu toplum, kuralları kabul edenler ile toplumsal baskının onları uymak için zorladığı zamanlar dışında kuralları reddedenler arasında bir gerilim sergileyebilir. Şüphesiz, eğer sıkı bir örgüte sahip olmayan fiziksel güçte yaklaşık eşit bu insan topluluğu varlığını sürdüreceyse, kuralları kabul etmeyenler azınlıktan daha fazlası olamaz, zira aksi halde kuralları reddedenler için korkulacak sosyal baskı da zayıf olacaktır. Bu, içinde muhalifler ve caniler olsa da *işsel bakış açısıyla* çoğunluğun kurallara bağlı olarak yaşadığını bildiğimiz ilkel topluluklarca da doğrulanır. Şüphesiz, sadece akrabalık bağlarıyla, ortak sezişle ve inanışla birbirlerine bağlı ve istikrarlı bir çevrede konuşlanmış topluluklar gayri resmi kurallar sistemiyle yaşayabilirler. Diğer tüm koşullarda, söz konusu sosyal kontrolün basit biçimi kusurludur ve farklı şekillerde destek gerektirir. Söz konusu bu kusurun devası, birincil kuralların ikincil kurallar ile desteklenmesidir. İkincil kurallar değişiklik, yargılama ve tanıma kuralları olarak üçe ayrılırlar.<sup>95</sup>

Tanıma kuralı, gelişmiş bir hukuk sisteminde oldukça karmaşık bir görünüme sahip olacaktır. Tanıma kuralı, bir hukuk sisteminin varlığı için zorunludur. Hart'a göre tanıma kuralı, hukuk sistemine geçerlilik vermek açısından kendisi bir ölçüt değildir, ama hukuk sistemindeki kuralların geçerliliğinin belirlenmesi açısından önemli bir ölçüttür. Hukuk sisteminin zorunlu anayasal kuralı olan tanıma kuralı, bir kuralın gerçekten kural olup olmadığını belirleyen hukuki geçerlilik ölçütlerini ya da koşullarını belirleme anlamında hukuku idare eden yetkililerce kabul edilmelidir. Hart, İngiltere'deki mahkemelerin, yasa koyucuların, yetkililerin veya yurttaşların nihai bir tanıma kuralını kullanıp kullanmadıklarını sorabileceğimizi söyler. Bir sonraki soru, hukuki akıl yürütme süreci, artık ıskartaya çıkmış bir sisteme geçerlilik veren kriterlerle oynanan yersiz bir oyun mudur? Temelinde böyle bir kuralın bulunduğu tatmin edici bir hukuk sistemi biçimi var mıdır? Bu sistem, kötülükten ziyade iyilik mi üretir? Bu sisteme uymak için ahlaki bir yükümlülük var mıdır? Tüm bu sorular hemencecik aklımıza gelen ama çok önemli sorulardır. Tanıma kuralı hakkında sorduğumuz sorular, onun yardımıyla cevaplandırdığımız sorularla aynı şekilde cevaplanmayacaktır.

<sup>95</sup> Hart, s. 91, 92.

“Parlamentodaki Kraliçe” tarafından konulan kural hukuktur demekten, bu kural mahkemeler, resmi makamlar ve yurttaşlar tarafından nihai tanıma kuralı olarak kullanılır demeye geçtiğimiz zaman içsel bir geçerlilikten dışarıdaki gözlemciler tarafından da içselleştirilmese bile tespit edilebilecek dışsal bir geçerlilik beyanına geçilmektedir.<sup>96</sup> Hart’a göre de gelişmiş bir hukuk sistemi hakları ve ödevleri belirleyen kurallara ek olarak, o hukuk sistemi içinde kuralın ne olduğunu belirleyecek ve diğer kurallar için geçerlilik kriteri getirecek özel bir kuralı içermelidir. İşte bu kural, tanıma kuralıdır.<sup>97</sup> Tanıma kuralı, diğer ikincil kurallar olan değişiklik ve yargılama kurallarından ödev yüklemesi bakımından ayrılır. Hart’ın hukuk teorisi, hukuk sistemine, hukukun kendi içerisinde listelenmiş, derecelendirilmiş ‘geçerlilik kriterleri’ni içeren ‘nihai tanıma kuralı’ni yerleştirir. Tanıma kuralı, eğer varlığı kabul edilirse, bir hukuk sisteminin *üst düzey yetkilileri* arasında paylaşılan ve karşılıklı tutumların karşılıklı olarak kabul edilmesine ilişkin karmaşık bir sosyal fenomen olarak varlık bulacaktır. Söz konusu üst düzey yetkililerin her biri hem kendilerini ve hem de diğerlerini, yalnızca ve yalnızca belirli geçerlilik kriterlerini karşılayan kuralların tümüne uymak ve bunları uygulamakla yükümlü olarak görmelidir. Tanıma kuralı bunu gerektirir.<sup>98</sup>

Hukuk sisteminin zirvesine bir geçerlilik kriteri getiren diğer hukuk teorisye-ni Kelsen’dir. Kelsen, hukuk ve ahlak -olan ve olması gereken- ayırımında ısrarlıdır. Hukuku bir olması gerekenler diğer bir deyişle normlar sistemi olarak tasarlayarak kavramamız gerektiğini söyler. Kelsen, hukukun yalnızca normlardan oluşmadığını, hukuk normları ve hukuk normlarının belirlediği hukuki eylemlerden oluştuğunu iddia eder. Kelsen’in kavramsalcı pozitivizmi Hart’ın empirisist bakış açısı oluşturduğu normatif hukuk teorisinden farklılık göstermektedir. Kelsen yeni-Kantçı felsefenin etkilerini taşımaktadır: Bu geleneğe göre, bilgi yalnızca deneyimle kazanılan bir şey değildir, ampirik gerçekliği, yalnızca gözlediklerimizi anlamlı biçimde organize edebilmemizi sağlayacak ona dayatarak anlamaya başlarız. Her bilim, kendi kavramını üretir, bu nedenle Kelsen, yönlemsel bakımdan farklı disiplinlerin körü körüne karışımı olarak gördüğü yöntemler senkretizmini reddeder. Kelsen, Hart gibi, hukuk biliminin özgünlüğünü, onun normatifliğinde görür. Kelsen’e göre, norm bir şeyin var olması gerektiğine özellikle bir insan eyleminin bir biçimine işaret eder, bu nedenle hukuk normatif bir bilimdir. Özellikle dikkat edilmesi gereken husus, hukuk, sosyal bir fenomendir diyen Hart ister istemez sosyolojiye göz kırparken; Kelsen, hukuk teorisinin tamamen yabancı kavramlardan ve yöntemlerden arındırılması gerektiğini iddia eder. Bu nedenle

<sup>96</sup> Hart, 106-109.

<sup>97</sup> Aydan Ömür Surlu, *Hart’ın Tanıma Kuralı*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 55.

<sup>98</sup> Neil MacCormick, *Institutions of Law - An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007, s. 56.



saf hukuk teorisi olarak adlandırmıştır kendi kuramını. Hukukun nasıl olması gerektiği politika ya da ahlak felsefesinin konusu olduğu için Kelsen, pozitif hukuku konu edinmiştir. Hukukun en önemli özelliği, kendi üretimini düzenlemesidir, diğer bir ifadeyle bir hukuk normu, başka bir hukuk normunun yetki tanınmasıyla gerçekleşir. Hâkimin, kararın ilgili olduğu koşulları düzenleyen bir norm üreten kararı, mahkemenin yargı yetkisini düzenleyen normlar tarafından yetkili kılınmıştır. Söz konusu normlar bir yasada ifade edilmiş olabilirler, bu yasa da ortaya çıkışını uygun yasama usulünü tanımlayan daha temel bir başka norm tarafından yetkilendirilmeye borçludur. Tüm bunlar bir anayasa içinde düzenlenmelidir ki, o da daha önceki bir başka anayasada içerilen norm tarafından yetkilendirilmiş olsun. Bu durum hukuk birinci sınıf öğrencilerinin bile bildiği bir hiyerarşidir: Daha üst normlar, daha ast olanların üretimine, onları kimin hangi koşullarda ve sınırlar içinde üretebileceğini belirleyerek değişik biçimlerde yetki tanıyabilirler.<sup>99</sup> Kelsen, nesnel gerçekliğin zaman ve mekân gibi belirli ve biçimsel kategorilerin uygulanması ile anlaşılabilirliği kanaatindedir. Dünyayı anlamak için kullandığımız bu kategoriler doğada mevcut değildir. Benzer şekilde hukuku anlamak için de benzer bir yol izlemek gerekir. Bu nedenle hukuk sisteminin temelinde yer alan bir Grundnorma ya da temel norma ihtiyaç duyarız.<sup>100</sup>

Hukuk sistemi, bir normlar daha doğrusu hukuk normları sistemidir. Kelsen, şu soruların yanıtlarını aramaktadır: Hukuk normlarının çokluğunun birliği nasıl açıklanmaktadır? Belli bir hukuk normu belli bir hukuk sistemine neden ait olur? Kelsen'e göre normlar çokluğu, normların geçerliliği, geçerliliğin nihai temeli olan tek bir norma kadar izlenebiliyorsa, bir düzen ya da bir sistem oluşturur. Müşterek kaynak oluşturan bu temel norm, birliği inşa eder. Bir normun bir sisteme ait olması, söz konusu normun geçerliliğinin izinin bu sistemi inşa eden temel norma kadar sürülebilmesini gerektirir. Norm sistemleri, temel normun tipine göre ikiye ayrılırlar. İki tip olarak ayırmadaki belirleyici unsur, en üstte yer alan geçerlilik ilkesinin içeriğidir. Birinci tipteki normlar, içerikleri nedeniyle geçerlidirler. Bu normların *belirlediği* insan davranışının *yapılması gereken* olduğu düşünülür. Normların içeriği aynı zamanda onlara geçerlilik kazandıran kanıtlardır. Söz konusu normların geçerlilikleri, sistemi oluşturan normların içeriğini özellik-genellik ilişkisi çerçevesinde kapsayan temel bir norma kadar götürülebilir. Bahsi geçen normlar, ahlak normlarıdır. “Çalmayacaksın”, “öldürmeyeceksin”, “aldatmayacaksın”, “ahde vefa göstereceksin” bu tarz normlardır: Temel bir norm olarak doğrudan üretilmişlerdir. “Komşunu sev” temel normundan, “başkalarına zarar vermeyeceksin”, “ihtiyacı olanlara yardım edeceksin” gibi normlar üretilebilir. Buradaki önemli husus, ahlaki düzenin farklı normlarının özel olanının genel olanda zaten içerildiği gibi temel normda da zaten içerilmesidir. Dolayısıyla

<sup>99</sup> Cotterrell, s. 165-168.

<sup>100</sup> Wacks, s. 155, 156.



la özel ahlak normları genel temel normdan zihinsel bir işlemle, yani genelden özeli çıkararak dedüksiyon aracılığıyla çıkarılabilir. Ahlakın temel normu, maddi ve statik karakterdedir.<sup>101</sup>

Hukuk normları ise ilk gruptaki normlardan farklıdır, çünkü içerikleri nedeniyle geçerli olmazlar. Hukukun normunun içeriğine dahil edilemeyecek bir insan davranışı olmayacağı gibi hukuk normunun içeriği de herhangi bir şey olabilir. Hukuk normu diye nitelendirdiğimiz norm, sadece belirli bir şekilde ortaya çıktığı için geçerlidir. Hukuk normu, belirli bir kurala uygun olarak yaratılır, özel bir yöntem izlenerek oluşturulur ve tüm bunlardan kaynaklanan bir geçerliliği vardır: Hukuk sadece pozitif hukuk olarak diğer bir deyişle çıkarılmış ya da koyulmuş hukuk olarak geçerlidir, bu nedenle de hukuk, ahlaktan ya da benzer başka norm sistemlerinden bağımsız özelliكتedir. Kelsen, doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki esas farkın da burada olduğunu dile getirmektedir, çünkü doğal hukuk normları da tıpkı ahlak normları gibi, temel bir normdan yani ilahi iradeden veya salt aklın ya da doğanın sonucu olan içeriğın apaçık olduğuna inanılmasıyla çıkarılmaktadırlar. Öte yandan pozitif hukukta ise temel norm, hukuk sisteminin normlarının kendisine göre yaratıldığı temel kuraldan ibarettir. Diğer bir deyişle, hukukun yaratılmasına dair temel bir olgunun yerli yerine konulmasından başka bir anlama gelmez. Söz konusu temel norm, bir sürecin çıkış noktası, tamamen şekli ve dinamik bir karaktere sahiptir. Hukuk sistemindeki diğer normları belirli bir mantıksal çıkarımla temel normdan tek tek çıkaramayız. Normlar, onlara özgü özel bir eylemle çıkarılır ve koyulur ve bu eylem zihne ait değildir, iradeye ait bir eylemdir. Hukuk normları içerisinde genel normlar örf ya da yasamadan; tekil normlar ise özel hukuk işlemleri yahut yargısal eylemlerden çıkarılır. Hukuk normlarının izini temel norma kadar sürmenin anlamı, normların belirli bir temel norma uygun olarak yaratıldığını göstermektir. Örneğin: Cebri bir eylem, bir insanın özgürlüğünün elinden alınması ve hapsedilmesi gibi, neden hukuki bir eylem ve neden belli bir hukuk sistemine ait bir eylem olsun? Çünkü bu eylem, tekil bir norm, bir yargı kararı tarafından öngörülmüştür. Soru biraz daha değişerek, belli bir hukuk sisteminin bileşeni olarak neden geçerli olsun, şekline büründüğünde yanıt, bu tekil norm, yargı kararı, ceza kanununa uygun şekilde yaratılmıştır. Ceza kanunu neden geçerli olsun? Çünkü ceza kanunu hükümleri, yetkili otoriteler tarafından anayasal olarak öngörülmüş usul uyarınca çıkarılmışlardır. Böylece devlet anayasasına kadar ulaşılmış olur. Sorular elbette anayasanın neden geçerli olduğuna dayanabilir? Bir önceki anayasaya ve devam edersek, tarihsel açıdan en nihayetinde ihdas edilen bir anayasaya varacağız. Bu ilk anayasayı yapanları iradeleri neyin geçerli bir norm olduğunu açıklamaktadır.<sup>102</sup>

<sup>101</sup> Hans Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2016, s. 67-68.

<sup>102</sup> Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, s. 68-70.

Özetle Kelsen için, hukuk düzeni normlar sistemidir. Bir sistemi normlar çokluğunun dışına çıkarmanın ne olduğu sorusunu sorar. Bir norm ne zaman belirli bir normlar sistemine, düzene ait hale gelir? Yukarıda da dile getirilen bu soruların yanıtlarının *geçerlilik* ile yakın ilişki içerisinde olduğunu dile getirir. Bir norma geçerlilik atfettiğimiz zemini netleştirmemiz gereklidir. Gerçekliğe dair bir ifadenin doğruluğunu varsaydığımızda, ifadenin gerçekliğe uyması söz konusudur, çünkü deneyimlerimiz bunu doğrulamaktadır. Örneğin, “Fiziki madde ısındığında genleşir.” ifadesi doğrudur, çünkü defalarca ve istisnası olmaksızın ısındıkları zaman fiziki cisimlerin genleştiğini görürüz. Bir norm, gerçeklik hakkındaki bir ifade değildir ve norm, bu bağlamda doğru ya da yanlış olarak çıkarım konusu olamaz. Bir norm ya geçerlidir ya da değildir. “Yardıma ihtiyacı olana yardım ederiz.” ve “Yararlı olduğu zaman yalan söyleriz.” ifadelerinden sadece ilki geçerli bir norm olarak ifade edilebilir, ikincisi değil. Peki, neden? Çünkü normun geçerliliğinin sebebi, onun gerçeklikle uyumu değildir. Daha önce de belirtildiği gibi norm, etkili olduğu için geçerli değildir. “*Bazı şeyler olur, bazı şeylerin olması gerekir.*” Günlük dilde, sıklıkla bir normu bir olguya atıfla gerekçelendiririz. Örneğin, “Tanrı On Emir’de öldürmeyi yasakladığı için kimseyi öldüremezsin.” denebilir. Bir başka örnek: Bir anne çocuğuna, “Baban okula gitmeni söylediği için okula gitmelisin.” diyebilir. Öte yandan örneklerdeki Tanrı’nın emri ya da babanın düzeni normun geçerliliği için sadece görünüşte bir sebeptir. Gerçek sebep, normlar örtük biçimde sorgusuz sualsiz varsayılmaktadırlar ya da diğer bir deyişle böyle olması gerektiği zannına yaslanmaktadır. Normun geçerliliğinin sebebi, öldürmeyeceksin, Tanrı’nın emirlerine itaat etmelisin genel normuna yaslanır. Aynı şekilde okula gideceksin, çocuklar babalarının sözlerini dinlemelidirler genel normuna yaslanır. Eğer bu normlar varsayılmamış, önceden kabul edilmemiş olsalardı, olguların dayandığı referanslar, neden öldürmeyeceksin ya da neden okula gitmelisin sorularına yanıt olamazdı. Bir kişinin bir şeyi emretmesi, kendi kendine, kişinin emre uygun davranması gerekir ifadesi için; emri geçerli bir norm olarak kabul etmek için; içeriği emre karşılık gelen normun geçerliliği için bir sebep olamaz. *Bir normun geçerliliği için sebep, olgu değil, sadece bir normdur.* Bir normun geçerliliği arayışı, bizi bir gerçekliğe değil, ilk normun bir anlamda sonraki normdan çıkarıldığı başka bir norma götürür. Bu nedenle de “Yardıma ihtiyacı olana yardım edeceksin.” geçerli bir norm olur çünkü “Komşunu seveceksin.” ifadesinden çıkarılır. Bu nedenle geçerli bir norm olarak kabul edilir, çünkü kaynağında ya geçerliliği kendinden kaynaklı bir temel normu ya da diğer bir ifadeyle Hristiyanlık komşuyu sevme davetinde bulunmuş ve Hristiyanlar Tanrı’nın emirlerine uyarlar postulatını geçerli bir norm olarak görürüz. Aynı sebepten ötürü, “Yararlı olduğunda yalan söyleyeceksin.” normunu geçerli bir norm olarak ele alamayız, çünkü ne kendinden kaynaklı bir temel geçerli norma ne de geçerli kabul edilen bir başka norma dayanmaktadır. Geçerliliğini âmir bir normdan çıkaramadığımız norma temel norm adını veririz. Tüm normların geçerliliği, normlar sistemini ya da düzeni biçimlendiren aynı, tek temel normdan

kaynaklanmaktadır. Temel norm genel bir kaynak olarak, düzeni oluşturan farklı normların birlikteliğini inşa eder.<sup>103</sup>

Hukuki pozitivizmin en olumlu yönü olarak sunabildiğimiz egemenin yazılı-dünyevi yasalarla sınırlandırılabilmesi ve böylelikle egemene metafizik olmayan bir meşruiyet sağlanabilmesi modern hukuk sistemlerinin sıradan halk lehine olan en önemli kazanımlarıdır. Meşhur Hart-Fuller tartışmasının çıkış noktası olan Nazi Almanyası'nda yaşananlar pozitivizmin de sınırlı iktidar için bir umut olmakta yetersiz olduğu düşüncesini kuvvetlendirirken, egemenin müdahalesinden azade temel hak ve özgürlükler alanı oluşturma ve bireyin bireysel tercihleriyle yaşayacağı kendine ait bir ahlak ya da ahlaksızlık alanına sahip olmasını sağlama görevini hukuk üstlenmiştir. Bu görevin ifasında, son dönemde covid-19 salgınıyla beraber yaşananlar, geniş halk kitlelerini iki nokta arasında bir ikileme sürüklemiştir: Bu noktalardan birincisi, sağlık ve güvenlik için hızla alınması gereken önlemler ve ikincisi, söz konusu önlemlerin temel hak ve özgürlükler alanında iktidara verdiği müdahale imkânı ve bu gücün tadına bakan iktidarın tekrar nasıl ehlileştirileceğidir.

Örneğin Almanya'da salgının başlangıcından itibaren gerek federe devletler düzeyinde gerekse federal devlet düzeyinde önlemler alınırken yatay ve dikey güç paylaşımlarında çatışmalar ortaya çıkmıştır. Konu sivil haklara ve insan haklarına geldiğindeyse orantılılık sorunu sahnede yerini almıştır.<sup>104</sup>

- Öncelikle meşru bir amaç,
- bu meşru amaca ulaşmak için uygun tedbirler,
- daha az müdahaleci tedbirlerin seçilip seçilemeyeceği
- ve son olarak meşru amacın gerçekleştirilmesi ışığında temel hakların sınırlandırılması ne kadar gerekli sorularının yanıtları verilmelidir.

İnsan hayatı standartlarını göz önüne alan mahkemeler alınan önlemlerin orantılı olup olmadıkları konusunda tereddüde düşerken, hukuki değerlendirmelerden ziyade bilimsel değerlendirmeleri esas alarak mevcut duruma odaklanmışlardır. Oysa kriz dönemlerinde temel hakların düzenlenmesi konusunda Temel Yasa uluslararası insan hakları metinleriyle kıyaslandığında yetersiz kalmaktadır. Tüm eleştiriler sabit kalmak kaydıyla Almanya için alınması gereken önlemlerin yasa ve yönetmeliklerle gerçekleştirildiği değerlendirilmesi yapılabilir.<sup>105</sup> Böylelikle hukukun temel ilkelerine kriz anlarında dahi en azından şekli olarak uymak için

<sup>103</sup> Hans Kelsen, *The General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, 2005, s. 110, 111.

<sup>104</sup> Pierre Thielbörger/ Benedikt Behlert, *COVID-19 and the Basic Law: On the (Un)suitability of the German Constitutional 'Immune System'*, <http://www.icconnectblog.com/2020/03/covid-19-and-the-basic-law-on-the-unsuitability-of-the-german-constitutional-immune-system/> (erişim tarihi 23.10.2021).

<sup>105</sup> Söz konusu düzenlemeler için bkz.: <https://brak.de/die-brak/coronavirus/uebersicht-covid19vonder-laender/>; <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsdokumentation/dossier>; <https://dejure.org/corona-pandemie> (erişim tarihi 23.10.2021).

çaba gösterildiği kabul edilmelidir. Türkiye’de ise önlemlerin içerikleri ve yerin-delikleri bir yana sağlam bir hukuki dayanaktan yoksun oldukları görülmektedir. Örneğin, salgın önlemi olarak okulların kapatılması olağanüstü hali gerektirirken Milli Eğitim Bakanlığı tatilin bir hafta erken başlamasına (23 Mart 2020) ve sonrasında uzaktan eğitime geçilmesine karar vermiş, fakat bu karar Resmi Gazete-de yayınlanmamıştır. Benzer şekilde üniversitelerin uzaktan eğitime geçmesine Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Yüksek Öğretim Kurulu karar vermiştir, fakat Anayasanın üniversitenin özerkliğini düzenleyen hükmü karşısında bu yöntem de eleştiriye açıktır. Çok önemli bir kısıtlama olan sokağa çıkma yasağı, Hıfzıssıhha Kanununa ve İl İdaresi Kanununa dayanılarak alınmıştır, fakat söz konusu kanunlar bu önlemin alınmasına olanak tanıyan bir hüküm içermemektedir. Uygulamada İçişleri Bakanlığının yayınlamış olduğu genelge il hıfzıssıhha kurulları tarafından aynen kabul edilerek yurttaşların bir hakkı sınırlandırılmıştır. Söz konusu kararlar Resmi Gazetede yayınlanmamıştır.<sup>106</sup> İnsan hayatına ilişkin olarak getirilecek olan yasakların Anayasaya dayanması ve yaşam tarzına doğrudan bir müdahale olmaması modern hukukun en bilinen özelliğidir. Örneğin covid-19 salgını sırasında, alkollü içki satışına ilişkin getirilen yasağın kaynağı bir türlü gösterilememiş ve polis bu konuda dayanak olarak Cumhurbaşkanının basın açıklamasını göstermiştir. İlgili olay haberlere de yansımıştır.<sup>107</sup>

## SONUÇ

Hayat bir grup insan için tarihin her döneminde zor olmuştur. İnsan, sadece biyolojik olarak değil, psikolojik ve toplumsal olarak da var olabilmek için mücadele etmek zorundadır. Bunun gerçekleşmesi için, insanın kamusal ve özel alanındaki durumların düzenlenmesi, anlaşmazlıkların çözülmesi, bazı sınırlamaların getirilmesi ve insana eyleme imkânı verilmesi gerekmektedir ve bu görev hukuktur. Örneğin, hukuk sistemi sizin varlığınızı kabul ederse buna hak ve fiil ehliyeti tanır. Örneğin, kadın bedenine sahip, ama kendisini erkek olarak tanımlayan, erkek gibi hisseden bir kişiyi hukuk sistemi erkek olarak tanımlamadığı sürece o kişi bir kadınla (şu an geçerli olan mevzuata göre) evlenemeyecektir. Her toplumda kurallara uymayanlar, daha fazlasını isteyenler, yolsuzluk yapanlar olacaktır. En basit tanımıyla bu ihlallere verilecek tepkinin şahsi intikam hissinden doğan bir tür ceza şeklinde olmaması gereklidir. Ceza, devlet tarafından hukuk aracılığıyla suçla mücadele için verilmiş olmalıdır.<sup>108</sup> Eğer hukuk tüm bu görevleri yerine getirmede başarısız olursa toplumda şikayetler, eleştiriler, talepler yükselmeye başlar. Bir bahçe hortumunun ucu tikanırsa

<sup>106</sup> Serdar Ünver, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-risks-and-the-rule-of-law-turkey/>

<sup>107</sup> <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/marketlere-alkol-yasagi-baskinlari-polis-ve-zabita-ekipleri-ceza-yazmaya-basladi-1832389> (erişim tarihi 20.10.2021).

<sup>108</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Hayat Hukuk ve Cemiyet*, Nebioğlu Yayınevi, İstanbul, 1944, s. 145.

akmakta olan su kendine yeni bir yol bulur; ya hortum musluktan çıkar, su özgürce akar ya da hortumda delik oluşur su kendine akacak yol bulur. Hukukun alternatifi toplumda aranmaya başlandığında aslında bu bir çözümlenin de habercisidir. Hukuk yapmaya yetkili yasa koyucunun ya iradesini halk gerçek anlamda bağlayıcı kabul etmemektedir ya da yasa koyucunun koymuş olduğu kuralların getirdiği çözümlerden memnun değildir. Hukuk sistemimizle ilgili olarak dile getirilen rahatsızlıklar mevcuttur. Bu rahatsızlıklar ve çözüm önerileri bu çalışmanın doğrudan konusu değildir. Dile getirilen eleştirilerin ciddi bir kısmını, (temel noktalarını genelleyerek) Batı Hukuku transferi hatalıdır ve diğer bir kısmını da hukuki pozitivizm bu sorunlara sebep olmaktadır şeklinde iki gruba ayırmak mümkündür.

Türk Hukuk Devrimine yöneltilen eleştiriler gerekçelendirilmeye çalışılırken sıklıkla referans edilen düşünür Friedrich Carl von Savigny'dir. Kısaca bir özet yapmak gerekirse: Savigny, aklın geleneğin önüne geçirilmesine karşıdır. Akla çok fazla önem atfedilmesi ona göre yanlıştır. Onun kuramı tarihsel perspektif üzerinden hukuka bakar. Akıl, toplumsal değişime öncülük etme vazifesi üstlenemez, asıl yaptığı ortaya çıkan değişimi yansıtmaktır. Tarihçi Hukuk Okulu'na göre hukuk, bir ulusun bütün bir geçmişinde mündemiçtir ve keyfince değiştirilemez. Hukukun nihai kaynağı halktır ve burada keyfi yasamaya hiçbir şekilde yer yoktur. Dil gibi, görenekler gibi hukuk da daha sonra volkgeist (halk ruhu) olarak anılan ulusal bir karakter tarafından belirlenmiştir ve nasıl ki dilin halktan ayrı bir varlığı yoksa hukukun da ayrı bir varlığı olamaz. Ulusun yaşamının bir fonksiyonu veya görünümüdür. Hukuk, önceleri halkta mündemiçken modernleşmeyle beraber hukukçular sınıfı ortaya çıkmış ve hukuk yapımı hukukçularca yerine getirilen bir işlev olmuştur. Organik ve sosyal yaşam ile hukuk arasında bir bağlantı kurulmaktadır. Buradan da hukuk araştırması, sosyal yaşamın tarihsel bir araştırması ile mümkün olur sonucuna varılmaktadır. Savigny'ye göre hukuk, en özgün şekliyle halk ruhundan çıkar. Aynı dil gibi halkın içerisinde sessizce yaşamaya, işlemeye devam eder. Toplum değiştikçe, geliştikçe hukuk öğrenimi görmüş kişiler tarafından uygulanmaya başlar ve nihayetinde düzenli uygulanmasıyla zaman içinde organik bir hal alır. Diğer bir ifadeyle, Savigny, hukukun, resmi tarihin uzandığı en eski dönemlerde aynı dil, alışkanlıklar veya karakter gibi halka özgü sabit bir niteliğe kavuştuğunu ileri sürer. Daha öncede belirtildiği gibi onun için dil, alışkanlıklar ve hukuk ait olduğu halkın birlik oluşturan ayrılmaz özellikleridir. Bunlar içerisinde hukuk, topluluğun ortak, doğal bir içgüdüğü gibidir. Savigny'nin yaklaşımı hukuku bir gelişim, bir tür evrim çerçevesinde ele almaktır. Bu nedenle tarihsel bir perspektiften toplumsal gelişme ve ilerleme temelli bir hukuk anlayışını savunmaktadır. Bu da esasında hukuk anlayışının sosyolojik yönü<sup>109</sup> olduğu anlamına da gelmektedir. Savigny, hukukun doğal bir şe-

<sup>109</sup> Ali Acar, Savigny'nin Durkheim'i öncülediği iddiasındadır. Ali Acar, 'Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı', Erciyes Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006, s. 65-88.

kilde evrimleşmesi gerektiğini savunur, bu nedenle yasa koyucunun iradesi ile bir kanun yapılması fikrine iki sebeple karşı çıkar: Birincisi, Savigny'ye göre içinde yaşadıkları dönem bir kanun hazırlanması açısından yetersizdir. Yetersizdir, çünkü gerekli tarihsel çalışma yapılmamış, hukuk dili gelişmemiştir ve hukukçular bir kanun hazırlayabilecek bir kapasiteye sahip değildirler. Eğer gerekli hazırlık yapılmadan kanun çıkarılacak olursa, bu yararlı olmak bir yana topluma zarar verecek ve bazı yanlışların hukuk içerisinde muhafaza edilmesine yol açacaktır. İkinci gerekçesi, daha evvel hazırlanmış olan kanunlar (Napolyon, Prusya ve Avusturya medeni kanunları) kanun hazırlama fikrinin başarısızlığını ortaya koymaktadır. Das Recht des Besitzes (The Law of Possession/ Zilyetlik Hukuku)'te Savigny, commentatorların (yorumcuların) ve Alman hukuk uygulamasının ortaya çıkardığı ilaveleri temizleyerek Roma hukukunu özgün kaynakları ile ortaya koymaya çalışmıştır. Zaten tarihsel yaklaşım, *Roma hukukunun yorumcularının değil, esas metinlerinin temel alınmasını savunmaktadır*.<sup>110</sup>

Tarihçi hukuk okulunun kanaatimizce bize örnek olması gereken yönü yanlış bir şekilde ifade edilen kodifikasyona karşı olduğu iddiası değil; Almanya'da Roma hukukunun yeniden dirilişini sağlaması ve Alman Medeni Kanun'u üzerinde etkili olmasıdır. Bütünü kavranmadan amaca uygun alıntıyla hukuk devriminin niçin yanlış olduğunun ispatında kodifikasyona karşı bir Savingy kullanmak aslında amaca da hizmet etmemektedir, çünkü Savingy kendi döneminde Almanya'da hazırlık yapılmadan yapılacak bir kodifikasyona karşı çıksa da asıl vurgusu, hukuk bilimi çalışmalarının yapılması gerektiğidir. Tarihsel bir yöntem sunar: Roma hukukuna yapılan eklerin, yorumların tamamen çıkarılması ve klasik metne ulaşılması. 19. yy boyunca Alman hukukçular, tarihsel gerçeklik ile mantıksal düzeni bağdaştırmaya çalıştılar. Savingy, bu bağdaştırmayı, hukuku organik bir kültür ürünü temelinde bireysel özgürlüğün korunmasına hizmet eden bir olgu olarak değerlendirerek başarır. Onun için tarihsel yöntem -geçmişin incelenmesi yalnızca bir araçtır-, *tek başına geçmişin yüceltilmesi değil, bugünün pozitif hukuk ilkelerinin bu geçmiş içerisinde çıkarılmasıdır*. Fakat pozitif hukuk da tarihsel gelişimin bir sonucu olduğundan, söz konusu ilkeler hukukun tarihsel boyutundan çıkarılacaktır. Bu döngü aslında hukuk tarihi değil *tarihsel hukuk bilimidir*. Günümüz hukuku oldukça kurgusal ve karmaşıktır ve artık iki boyutludur. İlk boyut, daha önce belirtildiği gibi bir bütünlük olarak toplumun parçasıdır, bu özellik hep olacaktır; ikinci boyut yeni olandır, artık hukuk, hukukçulara ait ayrı bir bilgi alanıdır.<sup>111</sup> Örneklerle daha net ifade etmek mümkün olabilir: Evlilik, mülkiyet gibi belli basit kavramların tarihsel karşılıklarını bulmak kolay olsa da modern hukukun ihtiyaç duyduğu diğer kavramları hukukun tarihsel boyutundan

<sup>110</sup> Kasım Akbaş, 'Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği', İÜHFİM, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 59-61.

<sup>111</sup> Akbaş, s. 63.



çıkarmak kolay olmayacaktır. Ama hiç ummadığımız bir şey daha vardır: Evlilik, mülkiyet gibi kavramlar dahi günümüz koşullarında tarih içerisindeki boyutlarıyla ele alınamazlar. Daha açık ifade etmek gerekirse “evlilik, sadece kadın ve erkek” arasında yapılan bir akit olarak mı kabul edilecek? “Hak sahibi sadece insan mı olacak?” “Spotify çalma listesi miras bırakılabilecek mi?” “Çalma listeleri üzerindeki hakkım mülkiyet mi, abonelik sözleşmesinden doğan bir hak mı?” Öte yandan “Offshore yönetimi; bitcoin, kripto para; internet üzerinden satış ... vb.” gibi yeni kavramların tarihsel karşılıkları yoktur. Doğal olarak halk ruhundan çıkıp gelmeleri de beklenmeyecektir. Benzer şekilde, Faizsiz Bankacılık İlke ve Standartlarına Uyuma İlişkin Tebliğ 14.09.2019 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. Halk ruhundan çıkıp geldiği sonucuna varılabilir mi? Bu aslında açıkça bir kodifikasyon faaliyeti değil midir?

*Savingy'nin kodifikasyondan önce yapılması gerektiğini belirttiği hukuk bilimi çalışmaları hukuk tarihimiz açısından kısaca şu şekilde özetlenebilir:* Osmanlı Devleti’nde Tanzimat’a kadar hem özel hukukta hem de ceza hukukunda fıkıh usulü uygulanmaktaydı. Temel bir ayırım olarak, “Münakahat ve Mufarakat, Aile Hukuku; Muamelat, Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku; Feraiz, Miras Hukuku; Ukubat, Ceza Hukuku ve bugün borçlar hukuku içinde yer alan haksız fiilleri kapsamaktaydı. Kadılar, kendi uzmanlık alanları dışında kalan konularda fıkıh üzerine uzman olan kişilerden fetva alırlardı. Bu fetvalar bağlayıcı değildi, bağlayıcı fetvayı sadece şeyhülislam verebilirdi. Hicri 3. yy’a yüzyıla kadar on binlerce içtihat yapılmıştır. Çünkü temel anlayış: Allah karşısında herkes eşittir, mutlak doğru yalnızca Allah tarafından bilinebilir, herkes ama herkes -en bilgili insan dahi- hata yapabilir, o halde fikhî bilen Müslümanların içtihat yapmasının önünde bir engel yoktur. Kadıların vermiş oldukları kararlar kesindi, yani bugünkü gibi bir üst makam tarafından denetlenmezdi, aynı konuda çözüm için farklı kadılar farklı içtihatlar belirleyebilirdi. Her düzgün içtihat geçerli olduğu için ve “İçtihat içtihatla nakzedilemez.” kuralı geçerli olduğu için kodifiye edilmesi neredeyse imkânsız bir hukuk sistemi ile karşı karşıya kalınmıştır. Fakat öte yandan bu, canlı, hayata uyum sağlayan bir sistemdir. Ahmet Mumcu, eğer “Nakz” yasağı konulmasaydı ve içtihat kapısı kapatılmasaydı İslam Hukuku Roma Hukuku’nu aşabilecek bir gelişme içine girebilirdi demektedir. Bir diğer unsur, modern anlamda bir idare hukukundan söz edilemese de, padişahlar fıkıhta yönetime ilişkin az hüküm bulunmasından yararlanarak “İslam topluluğunun iyiliği için” kurallar koymuşlar, kanunnameler çıkarmışlardır ve örfi hukukun oluşmasını sağlamışlardır. Ne yazık ki Mumcu örfi hukukun canlılığını 17. yy başlarına kadar sürdürdüğünü ve sonrasında İslam Hukukunun kendisi gibi örfi hukukun da donup kaldığını ve eski kararlarla yetinildiğini belirtmektedir. İslam Hukuku kuralları Müslümanlar için geçerliyken, tebaanın diğer üyeleri için kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukuku bakımından kendi hükümleri geçerli olmuş kendi ruhani cemaat liderleri tarafından yönlendirilmişlerdir. Hukuk alanındaki bir diğer deği-



şim ise, lise eğitiminden dahi aşına olduğumuz, Osmanlı'nın son dönemlerindeki kapitülasyonlarla ayrıcalık kazanan yabancılara hukuk alanında konsolosluklara başvurma haklarının da tanınmasıdır. Görüldüğü üzere hukuk alanındaki tüm bu karmaşanın çözülmesi ve ulus devlete en azından o vakitler için ilk hedef olan siyasi birliğe gidebilmek için hukuk birliğinin sağlanması bir zorunluluktur. Söz konusu dönemde öncülüğü Fransa yapmıştır. Fransa, merkezi devletin otoritesini arttırmak için hukuk birliğine yönelmiş, yurttaşların hepsine aynı hukukun uygulanması amacıyla büyük kodifikasyonlar gerçekleştirmiştir. Avrupa'da çoğunluk bu değişime uyarken, Savingy'nin Almanya'sı Germen ve Roma hukukları arasında sıkışıp kalmıştır. Siyasal birliğini sağladıktan sonra da ilk işi hukukta birliğini sağlamak olmuştur.<sup>112</sup>

Osmanlı'da ise Tanzimat'tan itibaren, hukukla ilgili atılan adımlar maalesef karmaşayı daha da arttırmıştır, çünkü çok hukuklu bir sürece girilmiştir. “*Memleketin içtimai ve siyasi durumundaki bozukluğun gerçek sebebi olarak şeriatın hükümlerinden uzaklaşma ileri sürülmüş: Hatt-ı Hümayûnlarda memlekette yapılmak istenen ıslahatın eski nizama dönmeyi temin amacıyla yapıldığının gösterilmesine çalışılmıştır.*”<sup>113</sup> Bunun doğal sonucu olarak da kaynaklarını batı Devletlerinin hukuki mevzuatında bulan çeşitli kanunlar kabul edilse de, temellerini batıdan alan laik yeni bir hukuki düzen ithal edilse de İslami esaslardan uzaklaşmadığı için, şeriat kanunlarına uyma yeni ithal edilen hukuki düzenin yaşamak zorunda olduğu zorunlu ortam olarak belirlendiği için elbette beklenen sonuçlar alınamamıştır. Örneğin, Hicri 1274 tarihli Arazi Kanunu ve 1285 Mecelle-i Ahkam-ı Adliye şer’i esaslar dahilinde hazırlanmışlardır. Adli teşkilat bakımından da durum aynıdır, burada da devletin teokratik niteliğinin etkisi devam etmektedir. Her ne kadar batı memleketlerinin hukuki mevzuatından ilham alınarak yapılmış veya onlar temel alınarak meydana getirilmiş nizamiye mahkemeleri kurulmuş olsa da bunların yanında şer’iye mahkemeleri de varlığını devam ettirmiştir. Devletin hukuki teşkilatına ilişkin bu durum ilginç bir sonuç doğurmuştur. Bir tarafta dini hukuk düzeni ve şer’i mahkemeler, öte tarafta batı devletlerinden ilhamla oluşturulan laik hukuki mevzuat ve bununla ilgili nizami mahkemeler olmak üzere hem mevzuat hem teşkilat bakımından bir ikilik kendisini göstermiştir ve birbiriyle çelişen iki kurum aynı anda yaşamaya çalışmıştır.<sup>114</sup> Sultan Abdülaziz döneminde, Ahmet Cevdet Paşa'nın liderliğinde oluşturulan heyet “*Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye*”yi hazırlayarak İslam Medeni Kanunu’nu oluşturmuştur. Bu süreçte Cevdet Paşa'nın belirttiğine göre, Ali Paşa, Napoleon'un Code Civile’ini

<sup>112</sup> Ahmet Mumcu, ‘Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, Yıl: 1995, s. 542-543.

<sup>113</sup> Recai Galip Okandan, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları, Birinci Kitap*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 94-95.

<sup>114</sup> Okandan, 95-96.

Fransa'dan almak istemiştir,<sup>115</sup> fakat bu talebinde başarılı olamamıştır. Böylece şeriatın Medeni Kanun'u, Mecelle adıyla somutlaşmıştır. Mecelle'nin kalıp ve ilkeleri, Hanefi fihmindan çıkarılan yükümlülük, medeni usul kuralları ve sözleşmelerdir. Aslında tam anlamıyla bir medeni kanun değildir, çünkü *Şeriatın alanı* olarak görülen aile, evlilik ve miras hükümlerini kapsamaz.<sup>116</sup>

Özetle gerçek bir tercih yapılmaktan kaçınılmıştır: ya radikal ve cesur bir kararlar gerçek bir kodifikasyon yapılacaktı ya da din temelli hukuk anlayışında revizyona gidilecekti. Avrupa dünyevi hukukun üstünlüğünü kabul ederken, Hobbes'un Sosyal Sözleşme teorisi ile iktidarın kaynağı dünyevileştirilirken Osmanlı Devleti tercihini dini meşruiyet kaynaklarını korumaktan yana kullanmıştır.<sup>117</sup>

Tanzimatçılar mülki idarede, ticarete ve yargıda batı devletlerinden alınmış kanunları uygulamakta bir sakınca görmemekteydiler. Buna karşılık Halil İnalçık, Namık Kemal, Ziya Paşa ve Suavi Efendi gibi vatançı-miliyetçi-gelenekçiler olarak adlandırılan bir grup düşünürün bu durumu Frenkleşme ve dahası gayrimüslim tebaa lehinde Türk Müslüman egemenliğini baltalamak olarak değerlendirdiğini ifade etmektedir.<sup>118</sup> Bu çatışma, topluma şekil vermek için hukukun kullanılması yaygın anlayışının bir örneğidir. Bentham'ın İngiliz Hukuk Sistemi için talep ettiği de benzerdir, fakat farklı olarak Bentham mevcut sistemin tamamen kaldırılıp yerine yeni bir sistem inşa edilmesi gerektiğini söylemektedir. Türk Hukuk Devrimi ile yapılmış olan budur. Zira eski sistemin yerine yeni ve farklı bir sistem kurmuştur.

Doğruyu ve iyiyi belirleyip, bu belirlenim doğrultusunda insanları, “doğru insan”, “iyi insan”, “inançlı insan” vb. yapmak ve dolayısıyla belirlenmiş doğru, iyi, inançlı vb. ekseninde bir toplum oluşturmak için hukuku kullanmak, kalp şeklindeki kalıplarda çilek, kare şeklindeki kalıplarda elma yetiştirmektir. Çünkü pozitif hukukun ister doğal hukukçu düşünürlerce isterse hukuki pozitivistlerce taşınması gerektiğine inanılan özellikler, temel ilkeler vardır. Oysa bizim hukuk uygulamamızın bağlı olduğu ilkeler yoktur. Örneğin, rahatsız olunan yürürlükteki bir uygulamayı “Biz de rahatsızız ama kanun böyle.”, “Bu şekilde karar vermezsek Yargıtay bozar, o da terfimizi engeller.” diyerek uygulamak yerine; gerekçelendirme yöntemlerini kullanarak gerekçesini yazıp mevcut hükmü eleştiren ve dahi bu eleştirisinde ısrarcı olan bir uygulayıcı sistem içinde nesnelikten

<sup>115</sup> Halil İnalçık, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016, s. 145.

<sup>116</sup> Dora Glidewell Nadolski, ‘*Ottoman and Secular Civil Law*’, International Journal of Middle East Studies, Cilt: 8, Sayı: 4, Yıl: 1977, s. 523.

<sup>117</sup> Türk Hukuk Devrimi'nin tarihsel gelişimi bu makalenin sınırları dışında yer aldığı için sadece bağlamla ilgili olan hususlara değinilmiştir.

<sup>118</sup> İnalçık, s. 145.

özneliğe terfi eden bir aktör olacaktır. İlkeleri, idealleri gerçekleştirmek için pragmatist olmak ile halihazırdaki bir gerçeği gerçekleştirmek için pragmatist olmak arasında çok büyük fark vardır.

The Nightmare Before Christmas (Noel Gecesi Kâbusu) adlı animasyonda Pumpkin King (Balkabağı Kral) Jack Skellington, Halloween Town'da (Cadılar Bayramı Kasabası) önemli bir figürdür. Yılbaşı'na özenir. Yılbaşı geleneklerini "yerelleştirerek" alır ve Halloween Town halkının yerel kültürüne uygun hale getirir. Sonuç tam anlamıyla bir karmaşadır. Jack'ın hatası, idealinin ne olduğunu belirleyip onu gerçekleştirmek için hareket etmek yerine, mevcut bir güzelliği alıp kendisinin yapmaya çalışması olmuştur. Üstelik bunu var olanlardan, sahip olduklarından diğer bir deyişle eskiden vazgeçmeden -bildiği konforlu alanı terketmeden- anlık çözüm üreterek yapmaya kalkışmıştır. Bu haliyle Osmanlı'nın son döneminde gerçekleştirilen hukuk değişiklikleriyle Jack'in durumu benzerlik göstermektedir. Bentham'ın önerdiği hukuk reformu, mevcut *hukukun kökünün yakılması ve yeni ve akli modele göre yeniden inşa edilmesi* şeklindedir. Cumhuriyetle birlikte yapılan da budur.

Şu an hukuk sistemimizde var olan sorunlar ne şeriatından uzak olunmasından ne de doğal hukukçu ya da hukuki pozitivist olunmasından kaynaklanmaktadır. Hukuk uygulayıcılarının inandığı, kendilerini bağlı hissettiği bir hukukun üstünlüğü<sup>119</sup> anlayışının olmamasından kaynaklanmaktadır. Ceza ya da kural aracılığıyla insanlar yönlendirilmek istenmektedir. Hukuk, insan haklarına dayanan bir yönetimi, eşitliği, ayrımcılığın olmamasını, çok sesliliği, özgürlüğü gerçekleştirebilecek kendinde amaç olması gerekirken; ceza vermenin, kural koymanın aracı olmuş durumdadır. Dahası cezalar ve kurallar genel ilkeler üretmek yerine anlık çözümlere odaklanmaktadır. Tutuklu yargılama, bir istisna hali midir? Katalog suçlar kapsamında hâkim toplum tepkisini azaltmak için tutuklu yargılamaya karar veriyorsa buradaki ilke, kızgın kalabalığı sakinleştirmek ilkesi değil midir? İki örnekle konuyu açıklamaya çalışacağım: İlk örnek, imar konusunda geçerli mevzuat 3194, 3290, 3266 ve 2981 sayılı Kanunlardan ve ilgili yönetmeliklerden oluşmaktadır. İmara ilişkin bolca mevzuatımız olmasına rağmen yapılarımızda ve şehirlerimizde imara aykırı birçok husus vardır. Hatta devletin arınma gecesi<sup>120</sup> misali imara aykırı yapılaşma için belirli bir süre vermesi bile vakidir.<sup>121</sup> S.N.'nin yapmış olduğu inşaatlar için ceza kovuşturmasına tâbi tutulmasının görünürde haklı bir sebebi vardır. Ama bir hükmün yalnızca bir kişi için uygulanıyor olması, hukukun ceza için araçsallaştırılmasının örneği olarak gösterilebilir.

<sup>119</sup> Kanunlara bağlı olmak, hukukun üstünlüğüne bağlı olmanın bir parçası olmakla beraber hukukun üstünlüğü anlayışı daha geniş bir kapsama sahiptir.

<sup>120</sup> 2013 yapımı The Purge adlı filmin senaryosuna göre, bir gece boyunca işlenen hiçbir fiil suç olarak kabul edilmeyecektir. Film, Türkçe'ye Arınma Gecesi olarak çevrilmiştir.

<sup>121</sup> İmar Barışı adıyla bilinen İmar Kanuna ek 16. Madde.

Bir diğer örnek: Sosyal devlet sağlık hizmetlerini gerçekleştirmekle mükelleftir. Bu amaçla sağlık bakanlığı ve ilgili personeli ve bağlı hastaneleri vardır. Postmodern söylemlerin normal-anormal; sağlıklı-sağlıksız vatandaş eleştirilerini tamamen bir yana bırakarak, devletin amacının sağlıklı insanlar, sağlıklı vatandaşlar olduğunu söyleyebiliriz. 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ilk maddesi, “... 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 muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir.*” diyerek amacını, görevini ortaya koymuştur. Bir vatandaş olarak okuduğumda, devletin beni muhatap alarak bana amacını anlattığını görmekteyim. Kanunların amacı açıklayan kısımları, vatandaşın ikna etmek ve farazi sözleşmeye farazi taraflığın dışında her bir vatandaşın ikna olmuş iradesini almak gayesindedir. Son günlerin önemli tartışması aşı konusunda nasıl bir yol izlenebilirdi? Bazı aşılar zorunlu hale mi getirilecek? Hangi aşılar? Niçin onlar? Aşıya göre aşılama yapılacak yaş gurupları hangileridir? Bu neden gerekli? Bir bütün halinde Sağlık Bakanlığının açıkladığı bir aşılama politikası var mı? Yapılmış, ilan edilmiş bir mevzuat var mı? Bir başka deyişle, devlet tarafından, vatandaşların ikna olmuş rızalarına yönelen bir talep var mı? Tüm bu soruların resmi bir yanıtı bulunmamaktadır. Yasal bir dayanak olmaksızın zorunlu hes kodu uygulamasıyla bir yerlere girişin engellenmesine tepki gösterilmemesi sadece korkan ve gerginlikten kaçınan insan itaati anlamına gelmektedir. Modern devletin bir anlamda alameti farikası olarak kabul edebileceğimiz, yasama organı aracılığıyla, her kararda veya her eylemde en azından görünürde dahi olsa vatandaşın rızasını alma zorunluluğu hukukun üstünlüğünden bahsedebilmenin de bir şartıdır. Böylece kendini kutlu soy ile açıklayan, bir kez bir şekilde elde edilmiş bir rızadan değil, her eyleminde halkın rızasını yeniden tesis etmek zorunda olan, halkı esas onay makamı yapan bir yönetimden bahsedilecektir. Bir örnekle bu durumu açıklamak gerekirse: Bugün milletvekillerine bu kadar ayrıcalık tanınması ve bu ayrıcalıkların bir grup vatandaşın garibine gitmemesi, bu kurumun vekil-asil ilişkisinden ziyade egemen yönetici-teba ilişkisi olarak kabul edilmesindedir.

Yazılı bir kurala bağlı olmak konusunda kafamız o kadar karışık ki, kural Hart’ın birincil kurallar dediği ilkel kabilelerde bile rastlanan kurallardan biri değilse, Austin’in belirli bir toplumun çoğunluğundan alışkanlık şeklinde itaat gören egemeninden gelmiyorsa, o kurallara kendimizi ne bağlı hissediyoruz ne de o kuralların Dworkin’in ifadesiyle “yurttaşların birleştirici yükümlülükleri” olduğunun farkına varıyoruz.<sup>122</sup> Bir toplumun üyeleri, yükümlülüklerinin toplumlarına özel olduğunu ve topluluklarının üyeleri arasında karşılıklı olarak akış

<sup>122</sup> Kamu binalarında Osmanlı armalarının kullanılmayacağına dair bir kanun hükmü olmasına rağmen İstanbul Üniversitesinin girişinde yer alan tarihi tuğra, üzerindeki TC ibaresi çıkarılarak tekrar görünür hale getirilmiştir. Açıkça yazılı bir kanunu, idare görmezden gelmektedir. İdarenin kendini bağlı hissetmediği yürürlükte olan bir kanun vardır!.

gösterdiğini ve bu ikisine ek olarak, herkesin yani toplumun refahı için eşit ilgiye dayanan yükümlülükler olduğunu kabul ederlerse, o topluluk basitten hakikiye geçiş yapar. Hakiki topluluklar yurttaşlar için bütünlük oluştururlar.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, s. 197, 198, 200.

## KAYNAKÇA

- ACAR**, Ali, ‘*Friedrich Karl Von Savigny’nin Hukuk Anlayışı*’, Erciyes Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 2006.
- AKBAŞ**, Kasım, ‘*Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği*’, İÜHFMD Cilt LXXIV, Sayı: 1, Yıl: 2016.
- AKTAŞ**, Sururi, ‘*Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi*’, AÜ-EFD, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, Yıl: 2004.
- AKTAŞ**, Sururi, *Prosedürel Doğal Hukuk Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı*, XII Levha, Kasım 2011.
- ANAYURT**, Ömer, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ATALAY**, İbrahim Orkun, ‘*Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme*’, EÜHFD, Cilt: XI, Sayı: 3-4, Yıl: 2007.
- AUSTİN**, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995.
- BERGER**, Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, V. 43.
- BIX**, Brian, “Natural Law Theory”, Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Wiley-Blackwell Publication, 2010.
- BIX**, H. Brian, ‘*Doğal Hukuk: Modern Gelenek*’, (çev. Ertuğrul Uzun), DEÜHF Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2004.
- BOBBIO**, Norberto, *Thomas Hobbes and the Natural Law Tradition*, (translated by Daniela Gobetti), The University of Chicago Press, 1993.
- CEVİZCİ**, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- CEYLAN**, Şule Şahin, *H.L.A. Hart’ın Hukuk Kavramı*, XII Levha Yayınları, 2014.
- CİCERO**, Marcus Tullius, *On the Republic and on the Laws*, (Translated by David Fott), Cornell University Press, 2014.
- COTTERRELL**, Roger, *Hukuk Biliminin Politikası - Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*, (çev. Saim Üye), Pinhan Hukuk, 2018.
- ÇAKIR**, Buket, ‘*Belirsizlik ve Korkunun Yeni Düzenin Oluşmasına Katkısı*’, Istanbul Journal of Sociological Studies, Cilt: 36, Yıl: 2011.
- DWORKIN**, Ronald, *Law’s Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.
- FULLER**, Lon L., ‘*A Rejoinder to Professor Nagel*’, Natural Law Forum 30, [https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd\\_naturallaw\\_forum](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=nd_naturallaw_forum) (erişim tarihi 20.04.2021).
- FULLER**, Lon L., *Hukukun Ahlakı*, (çev. Engin Arıkan), Tekin Yayınları, 2016.
- GÖZLER**, Kemal, ‘*Alenî Olan Ne? Duruşma mı, Yargılama mı?*’ <https://anayasa.gen.tr/alenilik.htm> (erişim tarihi 29.10.2021).
- GREEN**, Leslie / **ADAMS**, Thomas, ‘*Legal Positivism*’, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2019 Edition), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/> (erişim tarihi 30.08.2021).

- GÜRKAN**, Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.
- HART**, HLA., *Essays on Bentham Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, 2001.
- HOBBS**, Thomas, *Leviathan*, (çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.
- İBA**, Şeref, ‘*Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları*’, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Yıl: 2011.
- İNALCIK**, Halil, *Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar IV*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2016.
- KELSEN**, Hans, *Saf Hukuk Kuramı Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş*, (çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2016.
- KELSEN**, Hans, *The General Theory of Law and State*, Transaction Publishers, 2005.
- LANGBEIN**, John H., ‘*The Origins of Public Prosecution at Common Law*’, The American Journal of Legal History, Volume XVII, 1973. [https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein\\_Origins\\_of\\_Public\\_Prosecution\\_at\\_Common\\_Law.pdf](https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Origins_of_Public_Prosecution_at_Common_Law.pdf) (erişim tarihi 22.08.2021).
- Legal History: Origins of the Public Trial*, Indiana Law Journal: Vol. 35, Iss. 2, Article 8, 1960 (İlgili derginin notlar bölümünde yer aldığı için yazarın adı belirtilmemiştir).
- LEGUIN**, Ursula K. *Mülksüzler*, (çev. Levent Mollamustafaoglu), Metis Yayınları, Ağustos 2020.
- MACCORMICK**, Neil, ‘*Doğal Hukuku Yeniden Ziyaret*’, (çev. Şule Şahin Ceylan), AÜHFD, Cilt: 64, Sayı: 3, Yıl: 2015.
- MACCORMICK**, Neil, *Institutions of Law - An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007.
- MCINERNY**, Ralph / **O’CALLAGHAN**, John, “Saint Thomas Aquinas”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2018 Edition)*, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/aquinas/> (erişim tarihi 30.08.2021).
- METİN**, Sevtap, ‘*Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis*’, İÜHFM., Cilt: LXII, Sayı: 1-2, 2004.
- MUMCU**, Ahmet, ‘*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu*’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, Yıl: 1995.
- MURPHY**, Mark, “The Natural Law Tradition in Ethics”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2019 Edition)*, URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/> (erişim tarihi 30.08.2021).
- NADOLSKI**, Dora Glidewell, ‘*Ottoman and Secular Civil Law*’, International Journal of Middle East Studies, Vol. 8, No. 4, Year 1977.
- OKANDAN**, Recai Galip, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, Birinci Kitap, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.
- ÖZBUDUN**, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1998.



- ROBERTS**, Simon, *Hukuk Antropolojisine Giriş*, (çev. A. Erkan Koca), Birleşik Yayınevi, 2017.
- ROSS**, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959.
- RUBIN**, Shirley Letwin, *John Locke: Liberalism and Natural Law Traditions of Liberalism*, By Knud Haakonssen, (ed.), Australia, 1988.
- SANCAK**, Yusuf / **KIYAK**, Emre, ‘*Günümüz Türkçesiyle Mecelle’nin On Altıncı Kitabı Kitâbü’l Kazâ: Günümüz Düzenlemeleriyle Karşılaştırmalı Bir İnceleme*’, SÜHFD, Cilt: 22, Sayı: 2, 2014.
- SCRUTON**, Roger, *A Short History of Modern Philosophy From Descartes to Wittgenstein*, Routledge, Taylor and Francis, 2002.
- SHAPIRO**, Martin, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, 1986, [pub].
- SUPIOT**, Alain, *Homo Juridicus*, (çev. Bilge Açımız Ünal), Dost Kitabevi, Ankara, 2014.
- SURLU**, Aydan Ömür, *Hart’ın Tanıma Kuralı*, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- TEZİÇ**, Erdoğan, ‘*Torba Kanun*’, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sayı: 1, Yıl: 2015.
- THIELBÖRGER**, Pierre, “*COVID-19 and the Basic Law: On the (Un)suitability of the German Constitutional ‘Immune System’*”, <http://www.iconnectblog.com/2020/03/covid-19-and-the-basic-law-on-the-unsuitability-of-the-german-constitutional-immune-system/> (erişim tarihi 23.10.2021).
- UZUN**, Ertuğrul, ‘*İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin*’, Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 2003.
- ÜNVER**, Serdar, <https://verfassungsblog.de/fighting-covid-19-legal-powers-risks-and-the-rule-of-law-turkey/>
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, *Hayat Hukuk ve Cemiyet*, Nebioğlu Yayınevi, İstanbul, 1944.
- WACKS**, Raymond, *Hukuk Kuramını Anlamak*, (çev. Fatma Süzgün Şahin, Serdar Ünver), Astana Yayınları, 2016.

### İnternet Kaynakları

- <https://ankara.adalet.gov.tr/iletisim> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://ankara.adalet.gov.tr/mahkemeler> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://ankarabam.adalet.gov.tr/baskanlar-kurulu> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://brak.de/die-brak/coronavirus/uebersicht-covid19vo-der-laender/> (erişim tarihi 23.10.2021).
- <https://dejure.org/corona-pandemie> (erişim tarihi 23.10.2021).
- <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/cb34488540t/date.r=cour+de+cassation.langFR> (erişim tarihi 29.10.2021).

- <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=20059986&MevzuatTur=3&MevzuatTertip=5> (erişim tarihi 19.03.2021).
- <https://nordics.info/show/artikel/preview-ombudsman-1/#:~:text=The%20Nordic%20institution%20of%20the,Swedish%20origin%20meaning%20'representative> (erişim tarihi 19.03.2021).
- <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/282/409/> (erişim tarihi 21.02.2021).
- <https://www.britannica.com/topic/Draconian-laws> (erişim tarihi 03.05.2021).
- <https://www.bundestag.de/dokumente/parlamentsdokumentation/dossier> (erişim tarihi 23.10.2021).
- <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/marketlere-alkol-yasagi-baskinlari-polis-ve-zabita-ekipleri-ceza-yazmaya-basladi-1832389> (erişim tarihi 20.10.2021).
- <https://www.haberler.com/siyam-ikizlerinin-universite-hayali-gercek-oluyor-12323082-haberi/> (erişim tarihi 24.09.2021).
- [https://www.law.cornell.edu/wex/critical\\_legal\\_theory](https://www.law.cornell.edu/wex/critical_legal_theory) (erişim tarihi 19.09.2021).
- [https://www.law.cornell.edu/wex/legal\\_formalism](https://www.law.cornell.edu/wex/legal_formalism) (erişim tarihi 19.09.2021).
- [https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab\\_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true](https://www.legifrance.gouv.fr/search/constit?tab_selection=constit&searchField=ALL&query=&page=1&init=true) (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5378.pdf> (erişim tarihi 20.09.2021).
- <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0065.xml> (erişim tarihi 20.03.2021).
- <https://www.posta.com.tr/son-dakika-hakim-oldugunu-soyleyen-kadindan-seytani-plan-savci-kocasini-bile-kandirmis-2353126> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.sabah.com.tr/galeri/yasam/siyam-ikizleri-universiteli-olmanin-mutlulugunu-yasiyor> (erişim tarihi 24.09.2021).
- <https://www.traviscountytexas.gov/courts/civil/district> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.traviscountytexas.gov/district-clerk/public-access> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.txcourts.gov/> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.txcourts.gov/media/1452714/20210830-hate-crimes-updated.pdf> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.txcourts.gov/tjc/meetings-agendas/> (erişim tarihi 29.10.2021).

# Haksız Rekabet mi, Interfobi mi?: Spor Tahkim Mahkemesi'nin Caster Semenya Kararına İlişkin Bir İnceleme

## Is it Unfair Competition or Interfobia? An Evaluation of Caster Semenya Decision of the Court of Arbitration for Sport

Arş. Gör. Serhat ÖZKAN(\*)

### Öz:

Profesyonel spor, adil rekabet adına cinsiyet ayrımının keskin bir şekilde sürdürüldüğü bir alandır. Pek çok spor otoritesi gibi, Uluslararası Atletizm Federasyonu (IAAF) da spor müsabakalarında kadın kategorisinde yarışacak sporcular için birtakım kabul edilebilirlik kriterleri getirmektedir. Federasyon'un yayımladığı son düzenlemeler, testosteron hormonu belli bir düzeyin üzerinde olan kadınların, kadınlar kategorisinde yarışa katılmasını engellemektedir. Hiperandrojen olarak adlandırılan bu kadınlar yarışabilmek için hormon baskılayıcı ilaç almak ya da sporu terk etmek zorunda kalmaktadır. Federasyon'a göre, testosteron düzeyi belli bir eşiğin üstünde olan kadınların rakiplerine karşı biyolojik bir avantajı vardır, dolayısıyla kadınlar kategorisinde adil bir rekabetin sağlanması için kabul edilebilirlik kriterleri gereklidir. Bu kriterlerin dışarıda bıraktığı kadınlardan önce Dute Chand ve ardından Caster Semenya, ayrımcılığa uğradıkları gerekçesiyle, Spor Tahkim Mahkemesi'nde (CAS) ilgili metinlerin iptali için dava açmıştır. Bu çalışmada, tarihsel sıra izlenerek, Federasyon'un kabul edilebilirlik kriterleri ve Spor Tahkim Mahkemesi'nin Dute Chand ve Caster Semenya kararları incelenmektedir. Çalışmanın amacı, Federasyon'un ve CAS'ın, kadın sporcuları ataerkil ve heteronormatif standarda göre "feminize" etmeyi amaçladığını göstermek ve adil rekabeti kapsayıcı bir yöntemle sağlanacak kriterlerin geliştirilmesini önermektir.

### Anahtar Kelimeler:

Profesyonel Spor, İnterseks, Toplumsal Cinsiyet, Ayrımcılık, Spor Tahkim Mahkemesi.

### Abstract:

Elite sports is an area where sex segregation is maintained sharply for the sake of fair competition. As many sports authorities, IAAF also imposes some eligibility regulations

(\*) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: sserhatozkann@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-2229-1289>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 01.12.2021.

Makale Kabul Tarihi: 18.01.2022.

for athletes who will compete in the female category, the latest being published by the Federation; these new regulations prevent women with testosterone levels above a certain level from participating in the competition in the female category. These women deemed hyperandrogenic either have to leave the sport or take hormone-suppressing drugs. According to the Federation, since women with testosterone levels above a certain threshold have a biological advantage over cisgender women, these eligibility regulations are necessary to ensure fair competition in the female category. Of the women excluded by these rules, Dute Chand and Caster Semenya filed an appeal for the annulment of the relevant regulations at the CAS on the grounds that these rules were discriminatory. In this study, we will examine IAAF eligibility regulations, as well as Chand and Semenya cases in chronological order. The aim of the study is to demonstrate that the Federation and CAS aim to “feminise” female athletes from patriarchal-heteronormative perspective through the eligibility regulations and to propose the introduction of more inclusive regulations for fair competition.

### Keywords:

Elite Sport, Intersex, Gender, Discrimination, The Court of Arbitration for Sport.

## GİRİŞ

1896’da Modern Olimpiyat Oyunları kurulduğunda, ideal olimpik kahraman yetişkin erkek olarak düşünülmüştü.<sup>1</sup> Olimpiyatların kurucusu Pierre de Coubetin’e göre, sportif faaliyetler kadınların doğasına uygun değildi. Spor, kadınların doğurganlığını zedelediği gibi annelik rolüyle de çelişmekteydi. Kadınların görevi yarışmak değil, kazananları taçlandırmak olmalıydı. Bu önyargılar nedeniyle uzun bir süre Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) ve Uluslararası Atletizm Federasyonu (IAAF) kadınları zayıf cins olarak değerlendirmiş, müsabakalarda yarışacak yetkinlikte görmemişti.<sup>2</sup>

Kadınların kapasiteleriyle ilgili önyargıların kısmen de olsa aşılması ve kadınların spora katılması, feminist mücadelenin yükselişiyle mümkün olmuştur. 20. yüzyılın başında oy hakkı talebiyle ortaya çıkan süfrajeterler sportif faaliyetlere de yoğun bir ilgi göstermiştir.<sup>3</sup> Uluslararası yarışların geliri ve prestiji üzerindeki tekeli kaybetmek istemeyen Federasyon, kadınların ayrı bir kategoride yarışmalarını kabul etmiştir.<sup>4</sup>

Birinci kuşak feministlerin örgütlü mücadelesi ataerkil iktidarın spor müsabakalarındaki uzantısını da görünür kılmış, kadınların spor yapmaya başlaması bir

<sup>1</sup> Sonja Erikainen, *Gender Verification and the Making of the Female Body in Sport: A History of the Present*, Routledge, New York-London, 2020, s. 25.

<sup>2</sup> Erikainen, s. 25-26; Jordan Buckwald, ‘*Outrunning Bias: Unmaking the Justifications for Excluding Non-Binary Athletes in Elite Sport*’, *Harvard Journal of Law and Gender*, Cilt: 44, Sayı: 1, Kış 2021, s. 11.

<sup>3</sup> Buckwald, s. 11.

<sup>4</sup> Michele Krech, ‘*The Misplaced Burdens of “Gender Equality” in Caster Semenya v IAAF: The Court of Arbitration for Sport Attempts Human Rights Adjudication*’, *Sweet & Maxwell’s International Sports Law Review*, Yıl: 2019, s. 69.

“erkeklik krizi”ne yol açmıştır. Başka bir deyişle, kadınların erkek egemen bir alan olan profesyonel spora girişiyle erkekler bu alandaki psikolojik ve maddi imtiyazlarını yitirme riskiyle karşılaşmıştır. Erkeklerin kontrolündeki spor otoriteleri, yaşadığı huzursuzluğu aşmak için cinsler arasındaki biyolojik farkı ve erkeğin fiziksel üstünlüğüne duyulan geleneksel inancı daha çok vurgulama ihtiyacı hissetmiştir. Dolayısıyla kadınlar için getirilen kabul edilebilirlik kriterlerini, başka bir deyişle cinsiyet testlerini, bu ihtiyacın bir ürünü olarak ele almak mümkündür.<sup>5</sup>

Federasyon ise cinsiyet testlerini biyolojik farka dayanarak açıklamaktadır. Federasyon'a göre, cinsler arasında erkeğin üstün olduğu bir performans farkı vardır. Bu yüzden, adil bir rekabet ortamı sağlamak için sporda cinsiyet ayrımı zorunludur.<sup>6</sup> Ancak Federasyon, erkekler için herhangi bir cinsiyet testi yapmazken, kadınların yarışabilmesi için öncelikle kadınlığını ispat etmesini şart koşmaktadır. Cinsiyet testinden kimlerin başarıyla geçip kadın sayılacağı ise, mevcut cinsiyet rejiminin kimi kadın saymak istediğiyle yakından ilişkilidir. Bu çerçevede, kadınlardan öncelikle ataerkil iktidarın kendilerine yüklediği rolleri ve özellikleri taşımaları beklenmektedir. Kadınların profesyonel spordaki varlığına, ancak erkek egemenliğini sarsmayacak makbul kadınlık performansları sergilediği sürece izin verilmektedir.

Tarihine baktığımızda, cinsiyet testinin hiçbir zaman sabit bir formu olmamış, bilimsel gelişmeler ve kadınlığa ilişkin toplumsal beklentilerdeki değişim, cinsiyet testlerinin yöntemini de değiştirmiştir.<sup>7</sup> 1940'lı yıllarda kadınlar kategorisinde yarışacak sporcular, kendi ülkelerindeki bir doktordan “kadınlık sertifikası” alırken, 1960'larda cinsiyet testleri sistematik ve zorunlu bir hal almıştır. Bu yıllarda çıplak kadınlar geçidi (naked parade) ve elle inceleme gibi insan onuruna aykırı yöntemler denenmiştir. Ardından kadınlığın tespiti için “barr body” test olarak adlandırılan kromozom testine başlanmış ancak güvenilir olmadığı için bu yöntemden de vazgeçilmiştir.<sup>8</sup> Günümüzde kadın kategorisinde yarışacak tüm

<sup>5</sup> Buckwald, s. 12.

<sup>6</sup> <https://www.worldathletics.org/news/press-release/questions-answers-iaaf-female-eligibility-reg> (erişim tarihi 20.10.2021).

<sup>7</sup> Erikainen, s. 4, 147.

<sup>8</sup> Buckwald, s. 15-16; Human Rights Watch, *They are Chasing Us Away From Sport: Human Rights Violations in Sex Testing of Elite Women Athletes*, December 2020, s. 19-20. Federasyon, zorunlu testin olduğu dönemde de şüphe gördüğü durumda, cinsiyet testinden geçen atleti bir kez daha test etmektedir. Polonyalı atlet, Eva Klöbukowska, 1967'de çıplak incelemeden geçtikten sonra Kiev'de ek olarak bir kromozom testine daha tabi tutulmuş, XXY kromozomlarını birlikte taşıdığı ortaya çıkmıştır. Federasyon'un resmi olarak kromozom testine 1968 yılında başladığı düşünüldüğünde, Kiev'de yarışacak sporculardan sadece Ewa'ya test yapılmış olması kuvvetle muhtemeldir. bkz. Erikainen, s. 73-74. Kadın olmadığı gerekçesiyle yarışlardan men edilen ve kazandığı madalyalar elinden alınan Ewa bir çocuk doğurmuştur. Emily J. Cooper, 'Gender Testing in Athletic Competitions-Human Rights Violations: Why Michael Phelps is Praised and Caster Semenya is Chastised', *Journal of Gender, Race & Justice* Cilt: 14, Sayı: 1, Sonbahar 2010, s. 249.

sporcular için zorunlu cinsiyet testi uygulamasına son verilmiş, Federasyon sadece görünüşünden kuşkulandığı kişileri teste tabi tutmaya başlamıştır.<sup>9</sup>

Değindiğimiz gibi, IAAF, spordaki cinsel bölünmeyi haklılaştırmak için *adil rekabet* kavramını öne sürmekte, “biyolojik” cinsiyeti erkek olan sporcuların kadınlara karşı fizyolojik bir avantajı olduğunu iddia ederek, kadın sporcular için birtakım “kabul edilebilirlik kriterleri” getirmektedir. IAAF, kabul edilebilirlik kriterlerinin bir cinsiyet testi olmadığını iddia etse de hangi kadınların kadın kategorisinde yarışabileceği bu kriterlere göre belirlenmektedir, dolayısıyla bu kriterler üzerinden yapılan test bir cinsiyet testidir.

Erkekler kategorisinde yarışacak sporcular için ise hiçbir şekilde test yapılması söz konusu değildir.<sup>10</sup> Başka bir deyişle, erkeklerin doğal olarak salgılandığı-dışarıdan almadığı testosteron hormonu bakımından bir üst sınır ya da koşul yoktur.<sup>11</sup> Her hormon düzeyinden erkek, erkekler kategorisinde yarışabilmektedir.

Cinsiyet testlerindeki asıl önem arz eden nokta şudur ki, cinsiyetin belirlenmesinde kişinin toplumsal cinsiyeti değil, biyolojik cinsiyeti baz alınmaktadır. Ancak biyolojik cinsiyetin ne olduğu oldukça tartışmalıdır. Kromozomlar, hormonlar, “ikincil” cinsiyet karakteristikleri veya “cinsel” organlardan hangisinin biyolojik cinsiyeti oluşturduğu net değildir.<sup>12</sup> Bir başka deyişle, “normal” şartlarda XY kromozomu, testosteron hormonu, penis ve testisli bir bedene sahip olmak erkek cinsel kimliği ile eşleştirilmektedir. XX kromozomu, östrojen hormonu, vajinal ve memeli bir bedene sahip olmak da kadınlıkla ilişkilendirilmektedir. Sorun tam da bu kategorizasyondan kaynaklanmaktadır. Doğa, erkeklik ve kadınlık olarak idealize edilen toplumsal kategorileri umursamamakta, bazı insanlar, farklı cinsiyetlerle ilişkilendirilen kromozomları-hormonları ve özellikleri aynı anda bünyesinde taşıyabilmektedir.<sup>13</sup>

Literatürde kadın ve erkekliğin alışlagelmiş tanımlarına uymayan, atipik cinsiyet özellikleri gösteren bedenler interseks olarak tanımlanmaktadır.<sup>14</sup> İnter-

<sup>9</sup> CAS, Chand, paragraf 294-295, Silver Lin, ‘*Problems of Proof for the Ban on Female Athletes with Endogenously High Testosterone Levels*’, Chicago Journal of International Law, Cilt: 20, Sayı: 1, Yaz 2019, s. 219.

<sup>10</sup> James L. Rubert, ‘*Genitals to Genes: The History and the Biology of the Gender Verification in the Olympics*’, Cilt: 28, Sayı: 2, Sonbahar 2011, s. 340; Human Rights Watch, s. 20; Joanna Harper, *Sporting Gender: The History, Science and Stories of Transgender and Intersex Athletes*, The Rowman & Littlefield Publishing Group, London, 2020, s. 111.

<sup>11</sup> Buckwald, s. 22, 35.

<sup>12</sup> Eric Vilain/ Jonathan Ospina Betancurt/ Nereida Bueno-Guerra/ Maria Jose Martinez-Patino, “Transgender athletes in elite sport competitions”, Eric Anderson and Ann Travers (ed.), *Transgender Athletes in Competitive Sport*, Routledge, 2017, s. 158.

<sup>13</sup> Zeynep Direk, *Cinsel Farkın İnşası: Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2018, s. 190.

<sup>14</sup> Vikki Krane/ Brandy Panunti, “Fair Play: İnterseks Variations and Sport”, Viki Krane (ed.), *Sex, Gender, and Sexuality in Sport: Queer Inquiries*, Routledge, Oxford, 2019, s. 203.

sekslik, sadece erkek ve kadın cinsel organlarını aynı anda taşıma hali değil,<sup>15</sup> daha geniş anlamda tipik cinsiyet formlarının dışında olma halidir,<sup>16</sup> oldukça komplike bir kategoridir.<sup>17</sup> Bu çalışmada ele aldığımız Dute Chand ve Caster Semenya'nın fiziksel özellikleri, interseks varoluş içinde hiperandrojen olarak tanımlanan duruma tekabül etmektedir.<sup>18</sup> Hiperandrojeni beklenenden yüksek testosteron hormonu salgılanması halidir. Chand ve Semenya, diğer kadın rakiplerine nazaran yüksek testosteron hormonuna sahip olduğu için hiperandrojen durumdadır. Ancak bu tabirin patolojikleştirici bir çağrışımı olduğu için, biz hiperandrojen sözcüğü yerine, interseks tabirini kullanmayı tercih ettik.

Dute Chand ve Caster Semenya kendilerini kadın olarak tanımlamalarına, kadın olarak yetiştirilmelerine ve hukuken de kadın statüsünde olmalarına karşın, atipik cinsiyet özellikleri gösterdikleri için Harper, Vilain<sup>19</sup> ve Coleman<sup>20</sup> gibi yazarlarca interseks olarak adlandırılmaktadır. Fiziksel özellikleri nedeniyle, bu iki kadın sporcu Federasyon'un çizdiği makbul kadınlık şablonunun dışında kalmaktadır. Bu nedenle, önce Chand daha sonra da Semenya, kadınlar kategorisinde yarışmak için birtakım kabul edilebilirlik şartları getiren IAAF'ye karşı, bu düzenlemelerin ayrımcılık yasasını ihlal ettiği gerekçesiyle, Spor Tahkim Mahkemesi'ne (Court of Arbitration for Sport: kısaca CAS) başvurmuştur. Bu çalışmada, Chand ve Semenya kararları üzerinden Federasyon'un iki kutuplu cinsiyet politikasının kısıtları ele alınmakta, CAS'ın adil rekabet ve ayrımcılık yasası kavramlarını nasıl yorumladığı incelenmekte ve adil rekabetin dışlayıcı değil, kapsayıcı bir yöntemle sağlanması gerekliliğine vurgu yapılarak cinsel bölünmenin rasyonel bir temelinin olmadığı savunulmaktadır.

## I. 2011 DÜZENLEMELERİ VE DUTE CHAND KARARI

IAAF, 2011 yılında kadınlar kategorisinde yarışacak sporcular için Hiperandrojenizm Düzenlemeleri (Hyperandrogenism Regulations) olarak bilenen yeni kabul edilebilirlik kriterleri yayımlamıştır. IAAF nezdinde kadın sporculara yönelik uzun süredir cinsiyet testi uygulanmaktadır ancak ilk kez 2011'de yürürlüğe giren bu düzenlemeler ile birlikte cinsiyetin tespitinde artık kromozomlar değil, hormon seviyesi esas alınmaya başlanmıştır.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Harper, s. 10.

<sup>16</sup> Krane/ Panunti, s. 203; Buckwald, s. 7-8.

<sup>17</sup> Harper, s. 14-19; Krane/ Panunti, s. 207-209.

<sup>18</sup> Hipeandrojenin de türleri vardır. Hipeandrojeni interseks durumun içinde yer almasına karşın, hiperandrojen olan her kadın interseks olarak sınıflandırılmaz. Buckwald, s. 8.

<sup>19</sup> Harper, s. 105.

<sup>20</sup> Doriane Lambelet Coleman, 'Semenya and ASA v IAAF: Affirming the Lawfulness of a Sex-Based Eligibility Rule for the Women's Category in Elite Sport', Sweet & Maxwell's International Sports Law Review, Sayı: 19, Yıl: 2019, s. 84.

<sup>21</sup> <https://www.sportslawbulletin.org/sex-spectrum-binary-world-sport-cass-decision-case-caster-semenya-ors-v-iaaf/> (erişim tarihi 26.04.2021).



Spor Tahkim Mahkemesi, Chand'ın başvurusuyla 2011 metnini ayrımcılık yasağı açısından inceleme fırsatı bulmuştur.<sup>22</sup> Başvurucu Chand iki defa ulusal düzeyde şampiyon olan Hint bir atlettir. 2014 yılında Asya Gençler Şampiyonası'nda altın madalya alıp ülkesine döndükten sonra,<sup>23</sup> eğitim kampındaki arkadaşları kendisinin “erkeksi” görünüşünden şikayetçi olmuş,<sup>24</sup> Hindistan Atletizm Federasyonu (AFI) sporcuyla cinsiyet testine tabi tutmuştur. Testin sonucunda, Chand'ın testosteron seviyesi, kadın kategorisinde yarışmak için izin verilen miktardan fazla çıkmıştır. Bu nedenle, Chand, 2014 İngiliz Milletler Topluluğu Oyunlarında (Commonwealth Games) yarışacak olmasına rağmen, son anda hiperandrojen durumunda olduğu gerekçesiyle diskalifiye edilmiştir.<sup>25</sup>

Odağına transseksüelleri değil, interseks sporcuları alan 2011 metnine göre,<sup>26</sup> kadınların müsabakaya kabul edilebilmesi için testosteron seviyesinin 10 nmol/L'nin altında olması gerekmektedir. Testosteron hormonu 10 nmol/L'den yüksek olan sporcular, yarışlara devam edebilmek için hormon düşürücü ilaç almak zorundadır. Chand, müsabakalardan men edildiği ilk zamanlarda, yarışlara katılabilmek için ilaç kullanmaya razıdır. Ancak interseks hakları alanında çalışan aktivist Dr. Payoshni Mitra ile tanıştıktan sonra tavrı değişir. “Nasılsam öyleyim”, “kimse için değişmeyeceğim” diyen Chand, kariyerine devam edebilmek için ilaç kullanmak zorunda kalmanın haksız olduğuna kanaat getirir.<sup>27</sup> 2011 metninin ayrımcı olduğunu iddia ederek, Spor Tahkim Mahkemesi'nde Hindistan Atletizm Federasyonu'na karşı (AFI) dava açar. Teknik olarak IAAF de davalı konumunda yer alır.<sup>28</sup>

Bu davada sporcu, yarışların kadın erkek olarak iki kategoriye ayrılmasına itiraz etmemiştir. Onun gerekçesi, 2011 metninin yalnızca belirli hormon durumundaki kadınlara uygulanan ayrımcı bir metin olduğu ve temelsiz varsayımlara dayandığıdır. IAAF ise savunmasında, kadın kategorisi için getirdiği kabul edilebilirlik şartlarının adil rekabet ortamı sağlamayı amaçladığını ileri sürmektedir. Buna karşılık Chand, hormonal durumunun bir avantaj olduğu kabul edilse bile, boyu kendisinden daha uzun olan veya zengin-imtiyazlı ailelerden gelen kadınların da kendisine karşı avantajlı olduğunu savunur.<sup>29</sup> Zira kendisi kırsal bir

<sup>22</sup> Coleman, s. 84.

<sup>23</sup> Harper, s. 142.

<sup>24</sup> Lin, s. 224.

<sup>25</sup> Harper, s. 142.

<sup>26</sup> Roger Pielke JR/ Madeleine Pape, ‘*Science, Sport, Sex and the Case of Caster Semenya*’, *Issues in Science and Technology*, Cilt: 36, No: 1, Sonbahar 2019, s. 58.

<sup>27</sup> Harper, s. 144.

<sup>28</sup> Harper, s. 154.

<sup>29</sup> Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa V. International Association of Athletics Federations, CAS 2018/O/5794, paragraf 91; Harper, s. 142.

bölgede, yoksul bir ailenin çocuğu olarak dünyaya gelmiş, rakiplerinin beslenme, sağlık ve eğitim bakımından sahip olduğu imkanlardan yoksun büyümüştür.<sup>30</sup>

Mahkeme, Chand kararında, adil rekabet gereğince yarışların kadın ve erkek olarak ayrılmasını haklı ve makul bulduğunu, bunun iki cinsin sahip olduğu testosteron miktarındaki farktan kaynaklandığını belirtir. Zira mahkemeye göre, sıkı vücut kütle-sinde (Lean Body Mass) belirleyici olan ve performansı arttıran temel faktör testosteron hormonudur. Davaya konu olan 2011 metni, kadınla erkek arasındaki genel ve kategorik ayrımı değil, kadınlar arasındaki hormon farkını esas almaktadır. Federasyon, bu farka dayanarak kadınlar kategorisinde yarışan, hukuken cinsiyeti kadın olan ve hormonal olarak “yüksek” testosterona sahip sporculara birtakım şartlar getirmektedir.<sup>31</sup>

Öncelikle usul açısından bakarsak, mahkeme tarafların anlaşması üzerine, Chand'tan iki hususu ispat etmesini beklemiştir. Birincisi ilgili kadınları, kadın kategorisinden dışlamak için testosteronun geçerli ve makul bir kriter olmadığı ikincisi de doğal salgılanan testosteronun dışarıdan alınan testosterondan farklı bir etkiye sahip olduğu. İkinci husus ayrıca önemlidir, çünkü Chand dışarıdan alınan testosteronun performans arttırıcı etkisini kabul etmektedir.<sup>32</sup> Ancak Chand ve ekibi bu iki hususu kanıtlamakta başarısız olmuştur. Mahkemeye göre, yine de başvuru, en başta (*prima facia*) düzenlemenin ayrımcılık teşkil ettiğini gösterebildiği için bu müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda ispat yükü Federasyon'a geçmiştir.<sup>33</sup> Federasyon'un sunduğu rapora göre ise, yarışlarda genel olarak erkeklerin performansı kadınlara kıyasla yaklaşık yüzde 10 ila 12 daha yüksektir. Hiperandrojen durumdaki kadın atletler ise diğer kadınlara karşı yüzde 1 ila 3 daha avantajlıdır.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Harper, s. 142.

<sup>31</sup> Court of Arbitration for Sport: Bulletin, Sayı: 2, Yıl: 2015, Laussane, 2015, s. 74.

<sup>32</sup> Court of Arbitration for Sport: Bulletin, s. 74; CAS, Chand, paragraf 35, 124.

<sup>33</sup> Spor Tahkim Mahkemesi'ni usul açısından bağlayan ayrıntılı bir mevzuat olmadığı için, mahkeme, ispat yükü ve delillerin nasıl değerlendirileceği konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Mahkeme, ilk bakışta (*prima facie*) bir ayrımcılık olduğu için ispat yükünün Federasyona geçtiğini söylemektedir, ancak bu geçiş o kadar da net değildir. Mahkeme, son kertede ispat yükünün IAAF'nin üzerinde olduğunu belirtmesine ve Federasyon'dan yayımladığı düzenlemeleri haklılaştıracak bilimsel veriler talep etmesine karşın, Chand'ın da kendi iddiaları bakımından ispat yükünü taşıdığını bildirmiştir. Mahkeme'ye göre Chand, düzenlemelerin bilimsel verilerle desteklenmediğini, vücudun doğal salgıladığı (endogenous) testosteron ile dışarıdan alınan (exogenous) testosteronun atletik performans etkisinin farklı olduğunu göstermelidir. Lin, s. 231, 251. Dolayısıyla düzenlemelerin gereklilik şartı açısından ispat yükü tam anlamıyla IAAF'ye geçmemiştir. Lin, s. 241. Bizim de katılığımız görüşe göre, ispat yükünün en başından beri IAAF'de olması gerekirdi. Çünkü burada Chand'ın maddi haklarını kısıtlayan IAAF'dir. Ayrıca bilgiye ve kaynaklara erişim açısından taraflar arasında bir güç asimetrisi de söz konusudur. Tıpkı ceza davalarında ispat yükünün savcıda olması gibi, bu davada da ispat yükünün tartışmasız bir şekilde Federasyon'da olması gerekirdi. Lin, s. 239.

<sup>34</sup> Court of Arbitration for Sport: Bulletin, s. 73-74.

Mahkemeye göre, Federasyon'un bahsettiği bu avantaj; beslenme, eğitim ve diğer genetik-biyolojik çeşitlilik durumları dikkate alındığında kadınlar kategorisi içerisinde bir ayırım yapmak için yeterli değildir.<sup>35</sup> Mahkemeye göre, testosteron hormonunun performans artırıcı etkisinin olması tek başına bir anlam ifade etmez. Sporçudaki "yüksek" testosteron hormonunun kadın kategorisinin varlık nedenini ortadan kaldıracak bir avantajı getirmesi gerekir. Kısacası Mahkemeye göre, kritik olan söz konusu avantajın derecesi ya da miktarıdır. Başka bir deyişle, Spor Tahkim Mahkemesi'nin bilimsel temelden yoksun ve orantısız bulduğu husus, anılan kadınların hiçbir avantajının olmadığı değil, kadın-erkek şeklindeki ayrımı anlamsız kılacak kadar avantaja sahip olduğu iddiasıdır.<sup>36</sup> Başka bir deyişle, Mahkeme, testosteron oranı 10 nmol/L'den fazla olan kadınların, erkeğe denk bir performans düzeyine sahip olduğunun söylenemeyeceği kanaatinde dir.<sup>37</sup>

Sonuç olarak, Mahkemeye göre, IAFF, düzenlemenin gerekli ve orantılı olduğunu ispatlayabilecek gerekçeler sunamamıştır.<sup>38</sup> Bu nedenle, "hiperandrojen sporculardaki testosteron fazlalığının niceliksel olarak performansı arttırdığı ve böylelikle haksız rekabet oluşturduğu konusunda IAAF'nin yeterli bilimsel veri sunmadığı gerekçesiyle" söz konusu metni 2 yıl süreyle askıya almıştır. Bununla birlikte, bu zaman zarfı boyunca, başvuranın tüm ulusal ve uluslararası müsabakalara katılmasına karar vermiştir. Mahkeme, Federasyon'un hiperandrojen kadınlardaki performans farkının, testosteron hormonundan kaynaklandığına ilişkin ikna edici deliller sunamazsa düzenlemelerin iptal edileceğini de belirtmiştir.<sup>39</sup>

## II. CHAND KARARI SONRASI GELİŞMELER VE 2018 DÜZENLEMELERİ

Chand kararının ardından Federasyon, kendisine tanınan iki yıllık sürenin iki ay daha uzatılmasını istemiş, CAS'ın onayıyla Haziran 2017'de dolacak olan süre iki ay daha uzatılmıştır. Böylelikle, 2016 Rio Olimpiyatları ve 2017 Dünya Atletizm Şampiyonası'na hiperandrojen kadınlar bir kısıtlama olmaksızın katılabilmektedir. Bu gelişme, ilgili kadınlar için bir zafer anlamına gelmektedir. Çünkü ilk kez uluslararası atletizm müsabakalarında hiçbir cinsiyet testinin yapılmadığı bir sürecin kapısını aralamıştır.<sup>40</sup>

Federasyon 2011 metnini haklılaştıracak ikna edici deliller sunmak yerine düzenlemeyi yürürlükten kaldırmıştır. Ardından, CAS'ın delil gösterme talebini kendi ekibindeki bilim insanlarından Bermon ve Garnier'in 2017'de yaptığı bir

<sup>35</sup> Court of Arbitration for Sport: Bulletin, s. 74.

<sup>36</sup> Harper, s. 163.

<sup>37</sup> Court of Arbitration for Sport: Bulletin, 2015, s. 74; Harper, s. 163; Vilain vd., s. 165.

<sup>38</sup> Human Rights Watch, 2020, s. 8; CAS, Chand, paragraf 536.

<sup>39</sup> Court of Arbitration for Sport: Bulletin, s. 75.

<sup>40</sup> Erikainen, s. 136.

çalışmaya dayanarak 2018 yılında kadınlar kategorisi için yeni kabul edilebilirlik kuralları yayımlamış ve bu hususta CAS'ı bilgilendirmiştir.<sup>41</sup>

2018 metninde öncelikle, “hiperandrojenizm” terimi yerini artık “Differences of Sexual Development”a (DSD) bırakmıştır.<sup>42</sup> DSD başlangıçta “Disorders of Sex Development”ın kısaltılması iken, intersekslerin örgütlü mücadelesi kullanılan dilin değişmesini sağlamış, böylelikle 2018 metninde ilk D harfi ile bozukluğa değil farklılığa atıf yapılmıştır.<sup>43</sup> Düzenlemenin kapsamına bakarsak, yeni kurallar 2011 metninden daha dar bir alana hitap etmektedir. Birincisi, 2018 metni 400 metreden 1 mile kadar olan yarışlara katılacak sporcuları kapsamaktadır. İkincisi ilgili kişinin yasal cinsiyeti kadın veya interseks olmalıdır. Ayrıca “farklı” cinsel gelişimi olan (DSD-different sexual development) ilgili kişi XX değil, XY kromozomu taşımalıdır. Üçüncü olarak, bu kapsamdaki sporcular uluslararası yarışlara katılabilmek için testosteron seviyesini 6 ay süreyle 5 nmol/L'ye veya bu miktarın altına düşüren ilaç almalıdır.<sup>44</sup> Kısacası IAAF, testosteron eşiğini 10 nmol/L'den, 5 nmol/L'ye düşürmüştür.<sup>45</sup> Metin, bu şartın sağlanması için cerrahi bir operasyon geçirmeyi şart koşturmaktadır.<sup>46</sup> Bir başka husus, 2018 DSD düzenlemelerinde, interseks varyasyonlarla ilgili olmayan ancak yüksek testostereona sebebiyet veren durumlar açıkça kapsam dışı bırakılmıştır.<sup>47</sup>

Bu düzenlemeler, bir kısa mesafe koşucusu olan Chand'ı etkilemediği için Chand'ın davası düşmüştür.<sup>48</sup> Ancak, bu kez de Federasyon'un, seçtiği kriterlerle orta mesafe koşucusu olan Caster Semenya'yı hedef aldığı yorumları yapılmıştır.<sup>49</sup> Çünkü Federasyonun 2018 metnine dayanak aldığı Bermon-Gariner'in ortak çalışmasında, testostereondan kaynaklı performans avantajının en yüksek %4.2 ile çekiç atmada ve %2.9 ile de sıırıyla atlama olduğu belirtilmektedir. Buna

<sup>41</sup> <https://www.sportslawbulletin.org/sex-spectrum-binary-world-sport-cass-decision-case-caster-semenya-ors-v-iaaf/> (erişim tarihi 26.04.2021); Coleman, s. 84.

<sup>42</sup> Erikainen, s. 140; Harper, s. 10-11.

<sup>43</sup> Harper, s. 10-11.

<sup>44</sup> <https://www.worldathletics.org/news/press-release/eligibility-regulations-for-female-classifica> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>45</sup> Bu eşiğin belirlenmesinde klasik hiper androjen durumlarının içerisinde yer almayan polycystic yumurtalık olarak isimlendirilen durumdaki kadınların testosteron oranının 4,8'e kadar çıkabilmesi etkili olmuştur. Human Rights Watch, s. 30-31, dipnot 68.

<sup>46</sup> Semenya Decision, Executive Summary, s. 7, paragraf 7; <https://www.tas-cas.org/en/general-information/news-detail/article/semenya-asa-and-iaaf-executive-summary.html> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>47</sup> Erikainen, s. 140.

<sup>48</sup> Erikainen, s. 140; Holzer, 'What does it mean to be Women in Sports? An analysis of the Jurisprudence of the Court of Arbitration for Sport', Human Rights Law Review, Oxford University Press, Cilt: 20, Sayı: 3, Yıl: 2020, s. 390.

<sup>49</sup> Harper, s. 203; Erikainen, s. 141. <https://deadspin.com/the-only-point-of-track-s-dumb-new-testosterone-rules-i-1825546141> (erişim tarihi 26.04.2021).

karşın, 2018 metninin kapsamında Semenya'nın koştuğu parkurlar yer alırken, çekiç atma ve sılıkla atlama yer almamıştır. Ayrıca, Bermon-Garnier'in makalesinde 1 millik yarışlar için testosteronun avantaj sağlayıp sağlamadığı hiç analiz edilmemiş, 1500 metrelik yarış için herhangi bir avantaj tespit edilmemiştir. Yine de bu parkurlar Federasyon tarafından 2018 metninin kapsamına alınmıştır.<sup>50</sup> Asıl önem arz eden diğer husus, Bermon-Garnier'in çalışmasında, DSD'li kadınların 400 metre ve 800 metrede sırasıyla %2.73 ile %1.78'lik avantaja sahip olduğu iddia edilmiştir.<sup>51</sup>

Yukarıdaki oranlar, Chand kararında CAS'ın görmeyi arzu ettiği bir oranlar değildir. Başka bir deyişle, Mahkeme için bu rakamlar hormon baskılayıcı ilaç kullanmayı haklılaştırmaya yetmemektedir. CAS, Federasyon'dan ilgili kadınların %10 ile %12 düzeyinde, hemen hemen erkeklere denk bir performans avantajının olduğunu kanıtlamasını istemiştir. Federasyon, yeni bir bilimsel çalışmaya atıf yapsa da mahkemenin talebini karşılayacak veri sunamamıştır. Ancak değindiğimiz gibi, yeni düzenlemelerin kapsamına Chand girmediğinden onun davası düşmüştür.<sup>52</sup> CAS, bu kez de Caster Semenya'nın başvurusuyla 2018 metnini ayırmıcılık yasağı bakımından inceleme fırsatı bulmuştur.

### III. SEMENYA DAVASI ÖNCESİ SÜREÇ

Caster Semenya 2009, 2011 ve 2017'de atletizmde dünya şampiyonu olmuş Güney Afrikalı bir orta mesafe koşucusudur. Semenya, Chand'tan farklı olarak medyada daha fazla yer bulmuş, "erkeksi" görünüşü çok tartışılmıştır. 2009'daki bir yarıştan önce, bir gazetede Semenya'nın kadın olmadığı, erkek cinsel organlarına sahip olduğu yazılmış ve basında cinsiyetiyle ilgili çeşitli spekülasyonlar yapılmıştır.<sup>53</sup> Bunun üzerine IAAF, Güney Afrika Atletizm Federasyonundan cinsiyet testi yapılmasını istemiş, Semenya genital bölgenin fiziki muayenesi ve kan örneklerinin alınması aşamalarını içeren bir dizi işleme tutulmuştur. Semenya'ya testin amacı söylenmediği için o yapılan işlemin doping testi olduğunu düşünmüş, ancak işlemlerden hemen sonra bunun bir cinsiyet testi olduğunu anlamıştır.<sup>54</sup> Cinsiyet testi Semenya'nın açık rızası olmadan yapılmıştır.<sup>55</sup>

Yine aynı yarışta, Semenya'ya, yarıfinal ile final arası bir tarihte, öncekinden daha ileri bir cinsiyet doğrulama testi yapılmıştır.<sup>56</sup> Gerekeç olarak da bu testin Federasyon'un istediği zorunlu bir test olduğu söylenmiştir. Semenya final yarışı

<sup>50</sup> Erikainen, s. 139; Lin, s. 244.

<sup>51</sup> <https://bjism.bmj.com/content/51/17/1309.erikalong> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>52</sup> Erikainen, s. 139-140.

<sup>53</sup> CAS, Semenya, paragraf 74.

<sup>54</sup> CAS, Semenya, paragraf 74.

<sup>55</sup> Harper, s. 106.

<sup>56</sup> Harper, s. 107.

şının sonucunda altın madalya aldıktan sonra, medyaya açıklama yapan bir IAAF yetkilisi, Semenya'nın tam anlamıyla bir kadın olmadığı ve madalyasının geri alınması gerektiğini ileri sürmüştü,<sup>57</sup> ancak aynı yıl Güney Afrika Spor Bakanlığı ile IAFF ile yapılan anlaşma doğrultusunda Semenya'nın madalyasını ve başarısını koruyacağı açıklanmıştır.<sup>58</sup>

Madalyasını korusa da Semenya'ya, testosteron seviyesini o dönem yürür-lükteki 2011 metnine göre, 10 nmol/L'nin altına düşürmesi gerektiği, aksi halde yarışlara katılamayacağı bildirilmiştir. Sporcu bunun üzerine antrenmanları ak-satmamak için ameliyat olmak yerine testosteron düşürücü ilaç almaya başlamış-tır. Semenya'nın beyanlarına göre, Federasyon yine de lisansını altı ay süreyle iptal ederek kendisini cezalandırmış, bu nedenle yarışmalara ancak 2010 yılı iti-bariyle dönebilmiştir. Ayrıca, 2010-15 yılları arasında aldığı hormon ilacının<sup>59</sup> ge-celeri terleme, genital bölgede ağrı, kilo artışı, özgüven problemi gibi çeşitli yan etkileriyle uğraşmıştır.<sup>60</sup> Bununla birlikte sporcu, 2015 yılında CAS'ın Chand da-vasında verdiği karar üzerine testosteron düşürücü ilaç almayı bırakmıştır. Ken-disini kötü etkileyen hormon baskılayıcı ilacı bırakmasına karşın, 2016 yılındaki Rio'da yapılan bir yarışta daha düşük bir performans sergilemiştir.<sup>61</sup>

2015 Chand kararından sonra, Federasyon 2018 yılında “farklı” cinsel geli-şimi olan kadın sporcuların kadın kategorisinde yarışabilmeleri için yeni kabul edilebilirlik şartları yayımlamış, bunun üzerine Semenya tekrar ilaç kullanmak zorunda kalmıştır.<sup>62</sup> Çünkü 2018 metninin öngördüğü gibi, Semenya hem bir orta

<sup>57</sup> CAS, Semenya, paragraf 75.

<sup>58</sup> Harper, s. 107; Erikainen, s. 119.

<sup>59</sup> CAS, Semenya, paragraf 99.

<sup>60</sup> CAS, Semenya, paragraf 99; CAS, Semenya, paragraf 78.

<sup>61</sup> CAS, Semenya, paragraf 80.

<sup>62</sup> Burada belirtilmelidir ki, 2018 metni **transseksüellikle değil, interseks durumla ilişkilidir**. Transseksüelleri ilgilendiren 2015 metni, 2018 metninden farklıdır. Kısaca transseksüelliğe ilişkin duruma değinmek gerekirse, Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin 2003 yılında 7 uzmanın imzasıyla yayımladığı Stockholm Uzlaşması, trans kadınların, kadın olarak yarışabilmeleri için ameliyat olmalarını ve yasal olarak cinsiyetlerinin tanınması şartını koşmaktaydı. Ancak bazı ülkelerde yasal olarak cinsiyet değişikliği mümkün değildi, çoğunda da sıkı şartlara bağlanmıştı. Ayrıca geçiş süreci sigortanın karşılamadığı pahalı bir süreçti. 2003 metni bazı ülkelerin kanununa da aykırı idi. Örneğin, İngiltere'de yasal olarak cinsiyet değişikliği için ameliyatı şart koşmayan 2004 Gender Recognition Act'a aykırıydı. John Coggon/ Nasatha Hammond/ Soren Holm, 'Transsexuals in Sport Fairness and Freedom', Sports Ethics and Philosophy, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2008, s. 12-13. Ardından çıkan 2015 metni tüm transları değil, sadece trans kadınları kapsamaktadır. Erikainen, s. 129. Komite, trans kadınların kadın olarak yarışabilmeleri için ameliyat şartını kaldırmış, ama trans kadınların üzerinde ölçsüz ve gereksiz yükler kalmaya devam etmiştir. Bu şartlara göre, testosteron seviyesi ilk müsabakadan önce 12 ay 10 nmol/L'nin altında olmalıdır ve kişi 4 yıl boyunca istikrarlı bir şekilde kadın statüsünde olmalıdır. Pek çok kuruluşun ve federasyonun Uluslararası Olimpiyat Komitesi'nin baz aldığı metni kullandığı bilinmektedir. Bu metin, 18 yaşındaki bir trans sporcudan kendi cinsiyetinde

mesafe koşucusudur hem de doğumunda kadın olarak kaydedilen bir sporcudur. O kendisini interseks olarak tanımlamasa da<sup>63</sup> çeşitli kurumlar ve akademi tarafından interseks olarak anılmaktadır.<sup>64</sup> Hatta bir makalede hukuken kadın, biyolojik olarak erkek şeklinde tarif edilmektedir.<sup>65</sup> Federasyon'un kendisi de düzenlemelerin kapsamına giren kişileri, kadın kategorisinde yarışmak isteyen "biyolojik erkekler" olarak tanımlamaktadır.<sup>66</sup> Semenya, erkek kromozomu olarak kabul edilen XY kromozomuna sahiptir ve vücudu 2018 düzenlemelerinde saptanan 5 nmol/L'den fazla testosteron hormonu salgılamaktadır. Kısacası, o 2018 metni kapsamında DSD'li olarak tanımlanabilecek bir sporcudur. Ayrıca Semenya menstrüasyon görmediği ve düz bir göğse sahip olduğu için<sup>67</sup> makbul kadınlık sınırlarını aşmaktadır. Sporcu, dışarıdan hormon baskılayıcı ilaçlar almak istemediği için anılan düzenlemelerin ayrımcı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği iddiasıyla dava açmıştır.

#### IV. SEMENYA KARARI

Mahkeme usul kısmını geçtikten sonra, davanın esasına ilişkin karar verebilmek için şu soruların cevaplanması gerektiğini belirtmiştir:

- Düzenlemeler ayrımcılık oluşturuyor mu?
- Buna dair ispat yükü kimin üzerinde?
- Düzenlemeler gerekli mi?
- Düzenlemeler elverişli (makul) ve oranlı mı?<sup>68</sup>

Semenya da tıpkı Chand gibi yarışmaların kadın-erkek olarak ikiye bölünmesine ve bizatihi bu cinsel bölünmenin ayrımcı olduğuna ilişkin bir iddia ileri sürmemiştir. Ancak Chand kararından farklı olarak, bu davada Mahkeme, düzenlemelerin *ilk bakışta* (prima facia) ayrımcı olduğunu kabul etmemiş, bu yüzden hemen ikinci aşama olan ayrımcılığın gereklilik-elverişlilik-ölçülülük kriterleri uyarınca haklılaştırılıp haklılaştırılmayacağı evresine geçmemiştir.<sup>69</sup> Semenya, metnin yayımlandığı ancak yürürlüğe girmediği bir evrede metnin iptal edilmesi

---

yarışabilmesi için 14 yaşından beri kadınlığını topluma kabul ettirmesini beklemektedir. Tamar Z. Semerjian, "Making Space: Transgender Athletes", Eric Anderson and Ann Travers (ed.), *Transgender Athletes in Competitive Sport*, Routledge, 2017, s. 156-157.

<sup>63</sup> Krane/Panunti, s. 215, dipnot 1.

<sup>64</sup> Krane/Panunti, s. 215, dipnot 1.

<sup>65</sup> Dorian, s. 83.

<sup>66</sup> Erikainen, s. 142.

<sup>67</sup> Harper, s. 106.

<sup>68</sup> CAS, Semenya, paragraf 539.

<sup>69</sup> CAS, Semenya, paragraf 542. Silver Lin'in çalışması CAS'ın ispat yükü ve delillerin değerlendirilmesi gibi usuli noktaları ele alışı incelemektedir.



talebiyle dava açmıştır.<sup>70</sup> Semenya'nın gerekçesi, anılan metindeki düzenlemelerin evrensel insan haklarına, ayrımcılık yasağına ve Federasyon'un anayasasına aykırı olduğudur. Çünkü metin sadece kadınlara yöneliktir ve kadınlardan da yalnızca belirli fiziksel özellikte olanları hedef almaktadır.<sup>71</sup> Semenya'ya göre, bu düzenlemeler sağlam bir bilimsel temelden yoksundur. Kadın sporculara ağır, haksız ve geri dönüşü olmayacak şekilde zarar vermektedir. Adil bir rekabetin sağlanması için bu düzenlemelere gerek yoktur.<sup>72</sup>

Öte yandan, davalı Federasyon'un argümanlarına bakarsak, testosteron hormonu hariç eğitim, koçluk, tıbbi destek ve beslenme gibi performansı belirleyen diğer tüm faktörler açısından kadın ve erkek eşit konumdadır.<sup>73</sup> Söz konusu düzenlemeler, interseks kadınlar açısından adil bir rekabet ortamının sağlanması gibi objektif bir amaca hizmet etmekte, gerekli-makul ve orantılı olma şartlarını taşımaktadır.<sup>74</sup> Nasıl ki, erkeklerin kadın kategorisinde yarışmasının engellenmesi ayrımcılık değilse burada da benzer bir durum söz konusudur. XY kromozomu taşıyan ve testosteron hormonu belli bir eşiğin üzerine olan kadın atletleri, sırf hukuken cinsiyetleri kadın diye kadın kategorisine koymak “keyfi ve irrasyoneldir.”<sup>75</sup>

Mahkeme konuya dair tarafların sunduğu çeşitli uzman raporlarını inceledikten sonra bu davanın bilimsel, etik ve hukuki açıdan oldukça çetrefilli olduğunu belirtmiştir.<sup>76</sup> Bununla birlikte olguları değerlendirirken işlevinin salt yargısal olduğunu, IAAF'nin yerine geçip adil bir düzenlemenin nasıl olması gerektiğini söyleyemeyeceğini bildirmiştir. Başka bir deyişle, mahkeme taraflarca sunulan siyasal ve bilimsel olguları değerlendirirken kendisini yargısal rolüyle sınırlı tutmak durumundadır. Mahkemeye göre, kuşkusuz, her atletin cinsel ayrımcılıktan azade bir şekilde spor müsabakalarına katılmaya ve yarışmaya hakkı vardır. Ancak, “bazı hakları sınırlamadan bazılarını etkinlik kazandırmak mümkün değildir.” Kadın ve erkek atletlerin fizyolojik gelişimleri farklı olduğu için adil rekabet adına ayrı kategorilerde yarışmaları meşrudur.<sup>77</sup> Semenya yarışmaların kadın ve erkek olarak ikiye ayrılması hususuna itiraz etmediği için Mahkeme de bu ayrım üzerinde fazla bir inceleme yapmadan bu yerleşik görüşü kabul edip geçmiştir.

<sup>70</sup> CAS, Semenya, paragraf 13-14.

<sup>71</sup> Michelle Byczkow/ Kirsty Thompson, ‘*Testosterone Maketh the Man or Woman: Slowing down Caster Semenya*’, New Zealand Women’s Law Journal, Sayı: 3, Yıl: 2019, s. 328.

<sup>72</sup> CAS, Semenya, paragraf 544.

<sup>73</sup> CAS, Semenya, paragraf 563.

<sup>74</sup> CAS, Semenya, paragraf 547.

<sup>75</sup> CAS, Semenya, paragraf 546.

<sup>76</sup> CAS, Semenya, paragraf 582, 460.

<sup>77</sup> CAS, Semenya, paragraf 460.

Mahkeme yaptığı değerlendirmede, şu hususları bildirmiştir: 2018 metni erkekler için bir yükümlülük getirmezken yalnızca belirli biyolojik özellikte olan kadınlar için bir yükümlülük getirmektedir. Yarışlara katılma açısından erkekler ve anılan özellikleri (XY kromozomu ve yüksek testosteron seviyesi) taşımayan kadınlar için bir kısıtlama söz konusu değildir. Bu yüzden düzenlemeler *ilk bakışta* (prima facia) ayrımcıdır.<sup>78</sup> Mahkeme, metnin ayrımcı olduğunu kabul ettiği için ispat yükü Federasyon'un üzerine geçmiştir. Mahkeme, Federasyon'un meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını ve bu amacı gerçekleştirmeye yönelik gerekli, makul (elverişli) ve orantılı araçlar kullanıp kullanmadığını incelemeye başlamıştır.<sup>79</sup>

Mahkeme, değindiğimiz gibi, yarışmacıların kadın ve erkek olarak iki kategoriye ayrılmasında bir problem görmemiş, zaten başvurucu da bu ayrıma itiraz etmemiştir.<sup>80</sup> Bununla birlikte, bir inceleme yapmaksızın, Federasyon'un, testosteron hormonu hariç olmak üzere eğitim, koçluk, tıbbi destek ve beslenme gibi performansı belirleyen diğer tüm faktörler açısından kadın ve erkeğin eşit konumda olduğu iddiasını kabul etmiştir.<sup>81</sup> Mahkemeye göre, bu noktadan sonra bu kategorilerde kimin yarışacağını tespit ederken objektif, adil ve etkili araçlar kullanılmalıdır.<sup>82</sup> Bu tespitte toplumsal cinsiyet değil, biyolojik cinsiyet esas alınmalıdır çünkü en başta spor müsabakalarındaki kadın ve erkek ayrımı biyoloji baz alınarak yapılmıştır.<sup>83</sup>

Mahkemeye göre, kategorilerin varlığının sebebi, kadınları erkeklere karşı korumak değil, biyolojik olarak dezavantajlı durumda olanları, avantajlı durumda olanlara karşı korumaktır. İlk durumdakiler genellikle kadınlar iken, ikinci durumdakiler erkekler olmaktadır. Bu açıdan bir kişinin toplumsal ve yasal cinsiyetinin kadın olması o kişinin "erkeksi" biyolojisinin getirdiği avantajları ortadan kaldırmamaktadır. Ancak mahkeme bu varsayımın her zaman geçerli olmadığını farkındadır. Bu yüzden, mevcut davadaki uyuşmazlığın tam da bu noktadan, biyolojik beden ile toplumsal cinsiyet arasında hatalı bir eşleştirme yapılıyor olmasından kaynaklandığını bildirmektedir.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> CAS, Semenya, paragraf 547.

<sup>79</sup> CAS, Semenya, paragraf 548.

<sup>80</sup> Semenya Decision, Executive Summary, s. 3, paragraf 12.

<sup>81</sup> CAS, Semenya, paragraf 563-564. Mahkemenin bu değerlendirmesine katılmak mümkün değildir. Pek çok alanda olduğu gibi, sporda da kadınlar erkeklerle pratikte eşit fırsatlara sahip değildir. Mahkemenin hukuki muhakeme yürütürken, özellikle insan haklarına ilişkin bir davada, ideal dünyayı değil, halihazırda içinde bulunduğumuz dünyayı veri alması gerekirdi. Krech, s. 70.

<sup>82</sup> CAS, Semenya, paragraf 557.

<sup>83</sup> CAS, Semenya, paragraf 558.

<sup>84</sup> CAS, Semenya, paragraf 559.

Mahkemeye göre, bir kimsenin fiziksel açıdan sahip olduğu avantajı belirleyen onun yasal statüsü ya da toplumsal cinsiyeti değil, biyolojisidir. Ergenlik döneminden itibaren iki cins biyolojik olarak farklı şekilde gelişmektedir. “Ortalama” bir erkeğin salgıladığı testosteron hormonu 7.7 ile 29.4 nmol/L arasında iken, kadınlarda bu oran 0.06 ile 1.68 nmol/L arasında değişmektedir. Taraflarca sunulan bilimsel verilere göre, mahkeme, doğal olarak salgılanan testosteron hormonunun spordaki performans farkını belirleyen ana etmen olduğuna kanaat getirmektedir. Dolayısıyla bu avantajdan yoksun olan kadınlar, bu hormonal avantajı sahip olan kadınlara karşı yarışmak zorunda değildir.<sup>85</sup> Mahkemenin çoğunluğuna göre, IAAF, düzenlemelerin gerekli olduğunu göstermeyi başarmıştır.<sup>86</sup>

Ölçülülük ve elverişlilik açısından da mahkeme bu iki kriteri başvuruçunun ileri sürdüğü birkaç husus üzerinden eş zamanlı olarak incelemektedir. Bunlardan birincisinde, Semenya, DSD düzenlemelerinin (2018 metni) küçük bir azınlığı etkilese de bir bütün olarak toplum içerisindeki kadının konumunu da olumsuz yönde etkilediğini iddia etmiştir.<sup>87</sup> Mahkeme ise, böylesine genel geçer bir değerlendirme yapmaya yetkili olmadığını, bunun için çok katmanlı sosyolojik verilerin incelenmesi gerektiğini, bunun da mahkemenin işi olmadığını, davanın yalnızca somut olaydaki kuralların geçerliliğiyle sınırlı olduğunu bildirmiştir.<sup>88</sup>

İkinci olarak Semenya, aldığı hormon baskılayıcı ilaçların ciddi ve tehlikeli yan etkileri olduğunu, bunu kullandığı dönemde kilo artışı, terleme, odaklanmakta güçlük gibi sorunlarla karşılaştığını için düzenlemelerin ölçsüz olduğunu ileri sürmektedir.<sup>89</sup> Federasyon ise testosteron hormonunu istenilen düzeye düşürmek için ameliyatın şart olmadığını, alınan ilaçların yan etkilerinin de ilaç kullanımı sonlanınca bittiğini ve bu etkilerin son derece sınırlı olduğunu bildirmektedir. Mahkeme, bu iddialara ilişkin yaptığı incelemede testosteron baskılayıcı GnRH ilacını, doğum kontrol ilaçlarıyla aynı eksende değerlendirmiştir. Düzenlemelerin kapsamına giren atletler, doğum kontrol ilacıyla testosteron seviyelerini 5 nmol/L'nin altına düşüremediğinde GnRH ilacına veya cerrahi operasyona başvurmaktadır.<sup>90</sup>

Semenya'nın aldığı ilacın yan etkilerine gelince mahkeme dünya üzerinde binlerce “normal” XX kromozomlu kadının da gebelikten korunmak için bu ilaçları aldığını ve aynı etkiye maruz kaldığını hatırlatmaktadır.<sup>91</sup> Uzman raporlarına

<sup>85</sup> Semenya Decision, Executive Summary, s. 5, paragraf 21.

<sup>86</sup> CAS, Semenya, paragraf 580.

<sup>87</sup> CAS, Semenya, paragraf 587.

<sup>88</sup> CAS, Semenya, paragraf 588.

<sup>89</sup> CAS, Semenya, paragraf 590, 595.

<sup>90</sup> CAS, Semenya, paragraf 592.

<sup>91</sup> CAS, Semenya, paragraf 598. Doğum kontrol haplarının olumsuz yan etkileri kadınların üzerine yığılmaktadır. Erkeklerle yönelik doğum kontrol ilaçları olmasına karşın, yapılan

göre, doğum kontrol ilacını başvuru gibi XY kromozomlu bir kadının alması fark yaratmamaktadır. Ayrıca tüm semptomların alınan ilaçtan kaynaklandığı, bu semptomların kontrol edilemeyeceği ve sürekli bir biçimde devam edeceği kesin değildir.<sup>92</sup> Sonuç olarak, mahkeme, hormon seviyesi şartının cerrahi bir operasyonu gerektirmediğini göz önüne alarak söz konusu düzenlemelerin bu yönüyle orantılılık şartını taşıdığına kanaat getirmiştir.<sup>93</sup>

Semenya'nın düzenlemelerin ölçüsüzlüğüne ilişkin bir diğer iddiası, hormon testinin ve genital bölgenin fiziksel olarak incelenmesinin vücut bütünlüğünü ihlal ettiği ve psikolojik açıdan zarar verdiğidir.<sup>94</sup> Çünkü interseks özellikler her zaman doğumda ortaya çıkmamaktadır. Doğumunda kadın olarak kaydedilmekle birlikte, toplumsal cinsiyeti de kadın olan kendisini kadın olarak gören-tanımlayan kişiler vardır. Başka bir deyişle, test yapılana dek kendi kadınlıklarından şüpheye düşmemiş, kadınlığını sorgulamamış insanlar söz konusudur. Federasyon, bu testler sonucunda onlara yeterince kadın olmadığını söylemektedir.<sup>95</sup> Semenya gibi bazı "interseks" kişiler, "farklı" cinsel gelişime-DSD'ye sahip olduğunu bilmemekte, bu testlerle öğrenmektedirler. Semenya, mahkemeye başvurunca bu testlerin daha ileri bir boyutuyla tekrardan yapıldığını, vücudunun ve cinsel durumunun medyada tartışma konusu olduğunu ve bu durumun yaşadığı psikolojik sıkıntıyı arttırdığını beyan etmektedir.<sup>96</sup>

Mahkeme cinsiyet testlerinin gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılması halinde de stres yaratabileceğini kabul etmektedir. Ancak mahkeme, tüm atletlerin doping kontrolleri kapsamında dışarıdan testosteron hormonu alıp almadığının test edildiği bilgisine sahiptir. Bu testlerin sonuçlarına göre, testosteron hormonu yüksek çıkan atletlere bir test daha yapılmaktadır. Bu ikinci testin amacı, fazla çıkan bu hormonları nereden alındığı, bunların doğal mı salgılandığı yoksa dışarıdan mı alındığını tespit etmektir. Atletler, cinsel gelişim çeşitliliği (DSD) durumunda olduğunun ilk aşamada kendisi de farkında olmayabilir. Bu

---

araştırmalarda erkek üreme organına imtiyaz tanınmaktadır. Kadınların maruz kaldığı yan etkiler için bir hassasiyet gösterilmezken, erkeklerin bedenleri ve hormonları söz konusu olduğunda kullanılan dil ve tavır aniden değişebilmektedir. 19. yüzyılda jinekologlar kadın bedeninin üreme faaliyetiyle daha yakından ilişkili olduğunu düşündüğünden kadınlar üzerinde çalışmış, doğum kontrolün yükünü taşımayı kadına bırakmıştır. Bugün de kondom ve vasktomisi daha ucuz ve güvenli iken kadın kısırlaştırma (female sterilization) çok daha yaygın olarak kullanılmaktadır. <https://howwegettonext.com/the-future-of-birth-control-means-facing-up-to-its-sexist-past-848c139a57c3> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>92</sup> CAS, Semenya, paragraf 597.

<sup>93</sup> CAS, Semenya, paragraf 599.

<sup>94</sup> CAS, Semenya, paragraf 600.

<sup>95</sup> Buckwald, s. 9.

<sup>96</sup> Catherina Jean Archibald, 'Transgender and Intersex Sports Rights', Virginia Journal of Social Policy & Law, Cilt: 26, Sayı: 3, Yıl: 2019, s. 262.

istenmeyen, strese sebep olabilecek testler atletlerin testosteron dopingi aldıkları gibi haksız bir suçlanmadan aklanmasına da vesile olacaktır.<sup>97</sup> Bu hususların dışında, Semenya, hormon testinin objektif ve tutarlı bir yöntemi olmadığını, testi yapan doktorun öznel değerlendirmelerinin testin yürütülmesinde ve sonuçların alınmasında önemli bir rol oynadığını belirtse de<sup>98</sup> mahkeme federasyonun tıp konusunda yetkin kişiler barındırdığını, ayrıca fiziksel inceleme ve laboratuvar sonuçlarından hareket edildiği için androjene hassasiyetinin tespitinde keyfilik olmadığını bildirmiştir.<sup>99</sup>

Orantılılık incelemesinde mahkemenin göz önüne aldığı bir diğer husus, DSD'li atletlerin gizliliğinin sağlanmasıdır. Bilindiği gibi 2018 metni, uluslararası müsabakalara ilişkindir, ulusal müsabakaları kapsamamaktadır. Ulusal düzeyde yapılan yarışları geçip başarılı olan bir atletin uluslararası müsabakaya katılmaması durumunda rakiplerince o adayın cinsiyet testini geçemediği anlaşılabilecektir. Mahkemeye göre, Federasyon DSD'li kadınların medikal sonuçlarının gizliliğini sağlama konusunda genel olarak başarılı olsa da Semenya özelinde başarısız olmuştur. Ancak tek başına bu durum düzenlemelerin adil rekabeti sağlamak gibi meşru bir amaç karşısında orantısız olduğu anlamına gelmez. Yine de mahkeme genel olarak orantılılık incelemesinde sonuca ulaşırken bu hususu göz önüne alacaktır.<sup>100</sup>

Bir diğer ölçülülük incelemesi, 2018 düzenlemelerinin hedef aldığı kategorilere ilişkindir. Değindiğimiz gibi metin, 400 metreden 1 mile kadarki parkurlarda yarışan orta mesafe sporcularına yöneliktir. Semenya, bu parkurların keyfi olarak seçildiğini, hormon dengesinin bu parkurlarda yarışanlar sporcular için etkin bir sonuç doğurmadığını ileri sürmektedir. Çekiç atma veya sırıkla atlama gibi kategorilerde hormonal durumun daha yüksek performans üstünlüğü getirdiğine ilişkin doyurucu kanıtlar varken Federasyon'un seçtiği mevcut parkurlarda böyle bir durum yoktur.<sup>101</sup> IAAF ise adil rekabet adına getirdiği kısıtlamaların minimum düzeyde kalmasına hassasiyet gösterdiklerini, bu yüzden düzenlemelerin kapsamına sadece haksız avantaj teşkil edebilecek müsabakaları aldıklarını belirtmiştir.<sup>102</sup>

CAS'ın değerlendirmesine gelirse, Mahkeme'ye göre, parkurların seçiminde Federasyon'un yeterince bilimsel dayanakları olduğu söylenemez. Çünkü, Federasyon, düzenlemenin kapsamını 800 metrede başarılı olan sporcuların 1500

<sup>97</sup> CAS, Semenya, paragraf 601.

<sup>98</sup> CAS, Semenya, paragraf 602.

<sup>99</sup> CAS, Semenya, paragraf 603.

<sup>100</sup> CAS, Semenya, paragraf 605.

<sup>101</sup> CAS, Semenya, paragraf 606.

<sup>102</sup> CAS, Semenya, paragraf 607.

metre ve 1 mil uzunluğundaki parkurlarda da başarılı olduğu şeklinde genel geçer bir varsayımdan hareketle belirlemiştir. Başvurucu da 1500 metre ve 1 mile ilişkin spesifik bir itiraz dile getirmemiştir.<sup>103</sup> Mahkeme öncelikle metni yeniden yazamayacağını veya bu metin üzerinde değişiklik yapamayacağını hatırlatmış, ardından son kertede düzenlemelerinin kapsadığı parkur seviyelerinin ölçsüz olmadığı bildirmiş, bu seçimlerin mantıklı bir akıl yürütmeye dayandığına, sınırlarının belirgin olduğuna kanaat getirmiştir.<sup>104</sup>

Sonuç olarak, CAS, 2018 DSD düzenlemelerinin ayrımcı olduğunu kabul etmekle birlikte üçte iki çoğunlukla Semenya'nın iddialarını reddetmiş, 2018 metnini askıya almaya gerek olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, metnin DSD'li-interseks kadınlar için getirdiği yükümlülük, kadınlar kategorisinde adil bir rekabetin sağlanması gibi meşru bir amaca hizmet etmektedir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan düzenlemeler gerekli, elverişli ve orantılıdır. Kısaca, mahkeme ölçülülük bahsinde tüm bu başlıkları değerlendirdiğinde, son kertede metnin ölçülülük şartını sağladığı kanaatine varır.<sup>105</sup> Ancak, teoride öngörülen bu şartların, pratikte nasıl yerine getirileceği konusunda ciddi endişelerinin olduğunu, ilgili atletlerin 5 nmol/L seviyesini sürekli bir biçimde korumalarının güçlüğü, test sonuçlarının birkaç gün sonra çıktığı, bazen atletlerin yanlışlıkla bu eşiği aşabileceğini ve atletin diskalifiye olabileceği,<sup>106</sup> 1500 metre ve 1 mil uzunluğundaki yarışlar için hormon şartının gerekliliği konusundaki kanıtların çok da doyurucu kanıtlar olmadığını belirtmiştir.<sup>107</sup>

Bununla birlikte mahkeme, uygulamada çıkan problemler ışığında veya metnin kapsamının değiştirilmesi durumunda mevcut orantılı olma halinin bozulabileceğini bildirmiş, IAAF'yi çıkacak güçlükleri ciddiyetle ele almaya çağırmıştır.<sup>108</sup> Kısaca, Semenya davayı kaybetmiştir. Federasyon, Mahkemenin Chand kararında talep ettiği ilgili kadınların erkeğe denk bir performans avantajına sahip olduğunu gösteren bir delil sunamamasına karşın, 2018 metninin iptal talebini reddetmiştir.<sup>109</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de temyiz incelemesi sürecinde sadece Semenya için 2018 metninin yürürlüğünün durdurmuş<sup>110</sup> ancak sonunda CAS'ın kararını onaylamıştır. Ardından Semenya Şubat 2021 tarihinde AIHM'e başvurmuştur.<sup>111</sup>

<sup>103</sup> CAS, Semenya, paragraf 608.

<sup>104</sup> CAS, Semenya, paragraf 609.

<sup>105</sup> CAS, Semenya, paragraf 620.

<sup>106</sup> CAS, Semenya, paragraf 614.

<sup>107</sup> CAS, Semenya, paragraf 623.

<sup>108</sup> CAS, Semenya, paragraf 624.

<sup>109</sup> Erikainen, s. 141.

<sup>110</sup> Erikainen, s. 151.

<sup>111</sup> <https://www.bbc.com/sport/athletics/54973244> (erişim tarihi 06.05.2021).

## V. 2018 DÜZENLEMELERİ VE SEMENYA KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Mahkemenin Semenya kararında yürüttüğü muhakeme ve 2018 metninin kapsamı birtakım problemleri bünyesinde barındırmaktadır. Düzenlemelerin kapsamından başlayacak olursak, Mahkeme, düzenlemelerin kapsamına 1500 metre ve 1 millik parkurları almak için yeterli bilimsel kanıtlar olmadığını söyleyerek Federasyon'un seçimini eleştirmiş ama yine de bu seçimi ölçülülük ilkesine aykırı görmemiştir. Sadece Federasyon'a daha fazla veri elde edilene kadar söz konusu düzenlemeleri bu parkurlar bakımından uygulamamayı tavsiye etmiştir. Bir başka deyişle, DSD'li kadın atletler, Federasyon'un iyi niyetine terkedilmiştir. Ayrıca, Mahkeme, mevcut düzenlemeler kapsamında, DSD'li bir sporcunun, bazı müsabakalar bakımından “kadın”, bazıları bakımından “erkek” sayılabileceği sorununun göz önüne alınmadığıdır.<sup>112</sup>

Mahkeme kararında yalnızca hormonal duruma odaklanmış, interseks kadınların bir avantaja sahip olduğu ve bu avantajın da testosteron hormonundan kaynaklandığını bildirmiştir. Başka bir deyişle, XY kromozomlu kadınları odağına alan 2018 metnini, kromozomlar açısından incelememiş, erkeklikle ilişkilendirilen XY kromozomunun bir avantaj yaratmadığını da söylemiştir. Mahkeme bu görüşünde haklı ise, yüksek testosteron hormonu salgılayan XX kromozomlu kadınların, kadınlar kategorisinde yarışmasında bir sakınca yoktur. O halde, performansı belirleyen tek etmen olarak hormon seçildiğinde, yalnızca XY kromozomlu kadınları hedef alan bu düzenlemelerin neden gerekli olduğu cevaplanmamış bir sorun olarak durmaktadır.<sup>113</sup>

Öte yandan, Mahkeme, XY kromozomunun performans avantajı sağlayacağını kabullenseydi konuya ilişkin daha önce verdiği Chand kararıyla çelişmiş olacaktı. Çünkü Chand kararında, CAS, açıkça kromozomun bir kabul edilebilirlik kriteri olamayacağını ifade etmiştir.<sup>114</sup> Federasyon da atletik performansta belirleyici olanın testosteron hormonu olduğunu sıklıkla ifade etmesine karşın, yine de kimin “kadın” sayılacağı hususunda kromozomlara kurucu bir rol atfetmekten kendini kurtaramamıştır.<sup>115</sup>

Semenya kararında Mahkemenin ölçülülük incelemesi de problemlidir. Mahkeme konuya ilişkin daha önce verdiği Chand kararında, avantajın miktarına odaklanmış, interseks kadınların kadın kategorisinde yarışmasının engellenmesi için diğer kadınlardan yüzde 10-12 daha fazla olmasını, başka bir ifadeyle, hemen hemen erkeğe denk bir avantajının olmasını aramış ve bu avantajın salt hormonal durumdan kaynaklanması gerektiğini belirtmişti. Oysa Semenya kararında avantajın miktarını tartışmamıştır.<sup>116</sup>

<sup>112</sup> Krech, s. 74.

<sup>113</sup> Holzer, s. 400.

<sup>114</sup> Krech, s. 72.

<sup>115</sup> Erikainen, s. 142-143.

<sup>116</sup> Erikainen, s. 141.



Tek başına testosteronun atletik avantaj getirdiği kabul edilse bile, DSD’li kadınların ortalama erkek düzeyi olarak kabul gören seviyede testosterona sahip olduğu durumlar oldukça nadirdir. Hiperandrojen bir kadın, “ortalama” bir kadından üç kat fazla testosteron miktarına sahip olsa da bu miktar, 5.25 nmol/L’ye tekabül etmekte, yine erkekler için kabul gören alt sınırın aşağısında kalmaktadır. Dolayısıyla bu avantajın miktarının ilaç kullanmayı gerektirecek boyutta olmadığı söylenebilir. Semenya’nın sonuçları gizli tutulduğu için, atletin hormon düzeyi bilinmemektedir.<sup>117</sup>

Testosteron hormonu ile atletik performans arasındaki ilişkiye dair, Prof. Holt’un görüşü kayda değerdir. Holt’a göre, “doğal olarak salgılanan testosteron hormonunun atletik performansı arttırdığını ispat etmek için farklı alanlardan büyük bir elit sporcu topluluğu ile deney yapılmalı ve yüksek performans gösteren sporcuların başarılarının kaynağında testosteron hormonu olduğu gösterilmelidir. Böyle bir kanıt bulunsa dahi bu ilişkili olma halidir, neden-sonuç ilişkisi değildir.”<sup>118</sup> Holt’un eleştirilmesi gereken yanı, yapılan deneyin sonucunun, ancak o deneklerin içinde bulunduğu koşullarda ve yine ancak o denekler bakımından geçerli olabileceğini, bu sonuçların evrenselleştirilemeyeceğini göz ardı etmiş olmasıdır. Mahkeme ise bu noktaya ilişkin olarak, fazla testosteron miktarının performansta ne kadarlık bir artışa denk düştüğünün tam bir deneyinin etik gerekçelerle yapılamayacağını, ancak elindeki mevcut veriler ışığında bir karar vermek zorunda olduğunu belirtmiştir.<sup>119</sup>

Antropolog Prof. Karkazis ise hormon konusunda daha nettir. Karkazis’e göre, hormon diğer biyolojik özelliklerden ve kültürel öğelerden izole bir şekilde çalışmaz.<sup>120</sup> Kişinin testosterona verdiği yanıt, kategorik değil, bağlamsaldır.<sup>121</sup> Belirleyici olan, hormon seviyesinden çok, vücudun o hormonu ne şekilde işlediği ve kullandığıdır. Bazen avantaj olarak görülen hormon dengesi kaslarda körelmeye, kalp rahatsızlıklarına veya çarpık büyümeye de sebep olabilir.<sup>122</sup> Bu yüzden, bir sporcunun salt testosteron oranını bilerek atletik performansını tahmin etmek mümkün değildir.<sup>123</sup> “Testosteronu atletik performansla ilişkilendiren varsayımlara rağmen, başarılı atletlerin, daha az başarılı olanlardan daha yüksek bir testosteron hormonuna sahip olduğunu gösteren bir kanıt yoktur.”<sup>124</sup> Da-

<sup>117</sup> Byczkow/ Thompson, s. 330.

<sup>118</sup> CAS, Semenya, paragraf 124.

<sup>119</sup> CAS, Semenya, paragraf 582.

<sup>120</sup> Rebecca M. Jordan-Young/ Katrina Karkazis, *Testosterone: An Unauthorised Biography*, Harvard University Press, London, 2019, s. 168.

<sup>121</sup> <https://www.theguardian.com/science/2019/dec/07/katrina-karkazis-cannot-use-testosterone-divide-people-male-female-gender-aggression-sexual-function> (erişim tarihi 27.09.2021).

<sup>122</sup> Byczkow/ Thompson, s. 330.

<sup>123</sup> M. Jordan-Young/ Karkazis, s. 157.

<sup>124</sup> Erikainen, s. 135.

hası, testosteron ile atletik performans arasında bağ kuran çalışmalar son derece sınırlıdır ve bu çalışmalar da kadınlar üzerinde değil erkekler üzerinde yapılmıştır.<sup>125</sup> Genel itibarıyla erkeklerdeki testosteron miktarı daha fazla olduğu için ve Federasyon da cinsiyet ayırımında kriter olarak hormon seviyesini seçtiği için, geleneksel olarak erkeklikle ilişkilendirilen özellikler kolaylıkla testosteron hormonuna atfedilebilir hale gelmiştir.<sup>126</sup>

Bu davalarda, CAS heyeti,<sup>127</sup> fen bilimlerinin sunduğu veriye sosyal bilimlerden daha fazla değer biçmiştir. Chand kararında CAS, deney ve gözleme dayanan fen bilimlerinin gerçek bir bilim dalı olarak hakikati yansıttığını düşünmüş, sosyal bilimlere ise bir takım temelsiz iddialar ve destekten yoksun spekülasyonlar gözüyle bakmıştır. Örneğin, Mahkeme, Chand'ın 2011 metninin iptaline dayanak için sunduğu bir makaleyi “bilimsel bilgiye ve deneye dayanmayan sosyolojik bir görüş” olarak nitelemiştir.<sup>128</sup> Federasyon'un sunduğu uzman raporlarına daha çok güvenmiş, böylelikle fen bilimlerini objektiflik, sosyal bilimleri ise subjektiflikle eşleştirmiştir.<sup>129</sup> Mahkeme, Karkazis'in bilimcilik (scientism) olarak adlandırdığı<sup>130</sup> aynı tarz muhakeme usulüne, Semenya kararında da devam etmiştir. Semenya'nın sunduğu uzman raporları Federasyon'un metodolojik kusurlarını, dayandığı verilerdeki hesap hatalarını, etik ve insan hakları açısından yarattığı sıkıntıları göstermesine rağmen, Mahkeme tarafından ciddiye alınmamıştır.<sup>131</sup>

Kısacası CAS, hukuki bir inceleme yaptığını hatırlatsa da çağdaş insan haklarının geldiği noktayı bir kenara bırakarak hükmünü bilimsellik alanı içerisinde uzmanların raporlarına dayanarak kurmayı tercih etmiştir. Bu bilimsel bilginin nesnel, tarafsız ve güvenilir bir bilgi olduğu fikrinin özellikle hukukçular arasında oldukça yaygın olduğuna işaret eder. Mahkeme, bu davada, muhakeme geliştirme ve karar verme sürecinin tarafsızlıkla yapılabileceği şeklinde geleneksel görüşe bağlı kalmıştır.<sup>132</sup> Oysa Eleştirel Hukuk Çalışmaları akımının gösterdiği

<sup>125</sup> Buckwald, s. 31.

<sup>126</sup> <https://www.theguardian.com/science/2019/dec/07/katrina-karkazis-cannot-use-testosterone-divide-people-male-female-gender-aggression-sexual-function> (erişim tarihi 27.09.2021).

<sup>127</sup> CAS heyetinin tarafsızlığını ve insan hakları konusunda uzmanlığını da ele almak gerekir. AİHM, Mutu and Pechstein v. Switzerland (2018) davasında CAS heyetinin atanma sürecinin bağımsızlık ve tarafsızlık açısından 6. maddeye uygunluğunu incelemiştir. AİHM, ihlal kararı vermemiş olsa da iki yargıç karşı oy yazısında CAS yargıçlarının atanma sürecinin 6. maddede öngörülen şartları sağlamadığını belirtmiştir. Holzer, s. 406.

<sup>128</sup> Chand, paragraf 463; Erikainen, s. 153.

<sup>129</sup> Bu bölünmeye genellikle cinsiyetlendirilmiş bir bakış da eşlik etmektedir. İlk kısım erkeğin ve erkeksiliğin alanına giriyorken, ikinci kısım kadınlık ve kadınsılıkla ilişkilendirilmiştir. Holzer, s. 393.

<sup>130</sup> Erikainen, s. 150.

<sup>131</sup> Holzer, s. 393-394.

<sup>132</sup> Holzer, s. 394.

gibi tüm uyumsuzluklar sosyal ve siyasal bağlam içerisinde cereyan eder. Her karar, mevcut çıkar çatışmasında bir tercihi yansıtır, hukukta tarafsızlığa erişmek mümkün değildir. Tüm çıkar çatışmalarından azade, değerler açısından nötr bir hukuk olmadığı gibi, böyle bir mahkeme kararı da yoktur.<sup>133</sup>

Bilimselliğe gelince, bilimin sunduğu verilere de kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Bilimin evrensellik ve nesnellik iddiası feminist kuramcılar tarafından çürütülmüş, bilimsel bilginin iktidarın toplumu denetim altına almasının araçlarından biri olduğu gösterilmiştir.<sup>134</sup> Başka bir ifadeyle, üretilen her bilgi, bize özgü düşünme biçimlerinden doğmakta, bizim önyargılarımızdan, beklentilerimizden etkilenmektedir. Araştırmayı yapan kişinin dünya görüşünden, araştırmasına dayanak olarak seçtiği malzemelere kadar, araştırmacının maaşını nereden aldığı ve araştırmayı kimin fonladığı da sorgulanmalıdır. Bilim, kaçınılmaz olarak, gerçeğe ancak belli bir pencereden bakabilmekte ve onun da çok küçük bir bölümünü yansıtmaktadır.<sup>135</sup>

Bu noktada, konunun dışına çıkma pahasına da olsa, CAS kararında tartışılmayan bir hususa daha eğilmek gerekir. Bu husus, interseks atletlere yapılan hormon testinin ırksal ayrımcılıkla kesişen yönüdür. Bu testin yapılması Federasyon'un tıbbi personelinin DSD'nin varlığına dair kuşkulanaşına bağlıdır. Beyaz gözler tarafından yapılan değerlendirmede genellikle yoksul yerlerden gelen Afrikalı kadınlardan kuşkulanaşılmış, siyahi kadınlar Batı kültürünün idealize ettiği kadınsılıktan yoksun görülüp teste tabi tutulmuştur.<sup>136</sup> Örneğin, 2016'daki 800 metre yarışında sırasıyla gümüş ve altın madalyalar kazanan Burundili Francine Niyonsaba ile Kenyalı Margaret Wambui'nin de cinsiyetlerine dair eşitli itirazlar ve spekülasyonlar yapılmıştır.<sup>137</sup> En trajik olanı, kariyeri bitirilen Ugandalı atlet Annet Negesa'nın durumudur. Negesa yeterli ölçüde aydınlatılmadan zorla cerrahi müdahaleye maruz bırakılmış ve bu müdahale sonucunda eski performansına bir daha asla kavuşamamıştır.<sup>138</sup> Dolayısıyla mevcut testosteron düzenlemelerinin beyaz ve batılı kadınlardan ziyade, siyahi kadınların vücut bütünlüğünü ve özel yaşama saygı hakkını tehdit ettiği görülmektedir. Siyahi kadınların etnik ve genetik özellikleri, onları beyaz ve batılı otoriterlerin çizdiği kadınlık ölçülerine karşı dezavantajlı bir konuma sokmuştur.<sup>139</sup>

<sup>133</sup> Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020, s. 429-430.

<sup>134</sup> Alev Özkazanç, *Feminizm ve Queer Kuram*, Dipnot Yayınevi, Ankara, 2015, s. 114-120.

<sup>135</sup> A. Kadir Çüçen, *Bilim Felsefesine Giriş*, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 203-206.

<sup>136</sup> Holzer, s. 401.

<sup>137</sup> <https://www.theguardian.com/sport/2019/feb/13/caster-semenya-iaaf-report> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>138</sup> Human Rights Watch, s. 1-2; Annet Negesa'nın yaşadıklarını anlatan belgesel için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=Af4CIrCL3D0> (erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>139</sup> Erikainen, s. 130-131; Ayrıca bkz.: Lindsay Park Pieper, 'Sex Testing and the Maintenance of Western Femininity', *The International Journal of the History of Sport*, Cilt: 31, Sayı: 13, Yıl: 2014.

Bununla birlikte, IAAF'nin, DSD'li atletlere ilişkin politikasını belirlediği toplantılar çeşitlilikten yoksun bir şekilde yapılmış, çok sınırlı sayıda aktivist bazı toplantılara katılmış, hiçbir DSD'li atlet çağrılmamıştır. Federasyonun etik komitesi de beyazlardan oluşmaktadır.<sup>140</sup> Dolayısıyla mevcut testosteron kural-ları, kadın bedenini beyaz ve batılı kadın standardına göre disipline eden iktidar ilişkilerinin bir parçasını oluşturmaktadır. Performans arttıran bir faktör olarak sadece testosteron seviyesine odaklanmak kadınların nasıl görünmeleri gerektiğiyle ilgili heteroseksist standardı yeniden üretmektedir.<sup>141</sup> Tam da bu nedenle, BM bünyesindeki İnsan Hakları Konseyi de Mart 2019 tarihli kararında spor or-ganizasyonlarını, kadınları spora katılmaları için gereksiz tıbbi prosedürlerden geçirmeye bir son verme çağrısı yapmış, ırk ayrımcılığının kadını ve erkeği aynı şekilde etkilemediğini, ırksal ayrımcılığın özel dikkat gerektiren, kadınları daha derinden etkileyen ve açıkça tanımlanması gereken özel bir boyutu olduğunu ka-bul etmiştir.<sup>142</sup> Dünya Tıp Birliği (World Medical Association) de etik gerekçeler-le tüm doktorlara herhangi *zorlayıcı bir tıbbi neden olmadan* testosteron düşürü-cü ilaçlar yazmamalarını tavsiye etmiştir.<sup>143</sup> Kısacası, 2018 düzenlemeleri mevcut haliyle ayrımcılık yasağına, vücut bütünlüğüne aykırıdır. Adil rekabet adına, bir-takım fiziksel ve biyolojik özellikler baz alarak mevcut ırkçı ve cinsiyetçi öğeler güçlendirilmektedir.

Her şeyden öte, bazı kadınların, beyaz-batılı-heteronormatif sistem içerisinde, spor müsabakalarında biyolojik bir avantajı olduğu kabul edilse bile bu avan-tajın adil olmadığı, haksız bir avantaj olduğu söylenebilir mi? Hangi kadınların, kadın sayılacağı konusu, nasıl bizim içinde yaşadığımız cinsiyet rejiminin kimleri kadın saymak istediğiyle ilgiliyse, hangi fizyolojik avantajın haksız (unfair) oldu-ğu konusu da bizim hangi avantajı haksız olarak görmek istediğimizle ilgilidir.<sup>144</sup>

Örneğin, yüzücü Michael Phelps'in kol ve ayak bilekleri çift eklemlidir.<sup>145</sup> Kol genişliği ortalama bir yüzücüden çok daha fazladır ve vücudu daha az lak-tik asit salgıladığı için dinlenme süresi daha kısa olmaktadır. Boyuna göre kısa olan bacaklarının da hızlı yüzmesini sağladığı düşünülmektedir.<sup>146</sup> İngiliz atlet Dina Asher-Smith de genetiğinden kaynaklı gelişmiş ve iri bir vücuda sahiptir.<sup>147</sup>

<sup>140</sup> CAS, Semenya, paragraf 154.

<sup>141</sup> Holzer, s. 403.

<sup>142</sup> UN General Assembly, Human Rights Council, A/HRC/40/L.10/Rev.1 20 Mart 2019.

<sup>143</sup> Holzer, s. 392.

<sup>144</sup> Buckwald, s. 34.

<sup>145</sup> Byczkow/ Thompson, s. 336.

<sup>146</sup> <https://www.liveabout.com/michael-phelps-body-proportions-and-swimming-1206744> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>147</sup> <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/may/05/caster-semenya-is-a-victim-of-rules-that-are-confusing-and-unfair> (erişim tarihi 26.04.2021).

Brittney Griner de basketbol takımının en uzun boylu, en baskın oyuncularından birisidir.<sup>148</sup> Profesyonel spor zaten eşitsiz bir alandır, en iyi sporcuların vücutları insanların çoğunluğundan farklıdır. Cinsel gelişim farklılığı olarak tanımlanmayan diğer farklılıklardan sporcular çıkar sağlarken, Semenya'nın doğal hormon dengesini baskılamak zorunda kalması haksızdır.<sup>149</sup> Sporda başarıyı belirleyen pek çok faktör vardır ve hepsi birlikte sonucu etkilemektedir. Michael Pleps'in rakiplerine karşı fiziksel durumunun getirdiği avantajlar, toplumun erkeklerden beklediği özelliklerle uyumlu olduğu için Pleps'in rekabetteki üstünlüğü sorgulanmamaktadır.<sup>150</sup> Semenya'nın ise fiziksel durumu kadınlığa ilişkin toplumsal beklentilerle uyumlu olmadığı için, başarıları doğrudan onun hormon dengesine bağlanmaktadır.

## SONUÇ

İnsanlar kuşkusuz biyolojik-genetik ve hormonal açıdan birbirinden farklıdır. Bu farklılığın spordaki başarı üzerinde etkisi vardır. Bu nedenle Federasyonun adil rekabet adına, birtakım biyolojik özellikleri baz alarak sporcuları kategorilere ayırması meşrudur. Ancak pek çok spor otoritesi gibi Federasyon da insan çeşitliliğini kadın ve erkek olmak üzere iki kategoriye sıkıştırmakta ve bu şablona sığmayan benliklerin varoluşunu tehdit etmektedir. Tipik formların dışında kalan sporcuların mevcut ikili kategorizasyon karşısındaki konumu, spor otoritelerinin dayandığı ön kabulleri sorgulanmasına vesile olmaktadır.

Her şeyden önce kadınların kas gücü ve çeviklik açısından erkeklerin gerisinde olduğu fikrine kuşkuyla yaklaşmak gerekir. İlk bakışta kadınla erkek arasındaki fiziksel güç farkı nesnel bir yere oturuyor olabilir. Ancak bu farkın kaynağını değiştirmeyen bir takım genetik özelliklerde aramak biyolojik indirgemeci bir yaklaşımdır. Şenel'e göre, insanın kültürel-toplumsal evrimi biyolojik evrimini bir hayli geride bırakmıştır. Başka bir deyişle, biyolojik olanın toplumsalı belirlemesinden ziyade toplumsal olanın biyolojiyi belirlemesi söz konusudur. Doğal-biyolojik bedene toplumsal-kültürel öğeler yön vermektedir.<sup>151</sup> Cinsiyetlere yüklenen roller nedeniyle kadınlar kuvvet gerektiren işleri yapmaya muktedir görülmemiş ve fiziksel güç gerektiren işler erkek işi olarak kökleşmiştir. Küçük yaşlardan beri kadınlar, kendilerine uygun görülmediğinden kas dokusunu geliştirecek işlerden uzak durmuş, durmadığında da uzak tutulmuş, erkekler ise tam tersi bir şekilde fiziksel gelişimin önünü açan mesleklere ve spor dallarına teşvik edilmiştir. Durum böyleyken, cinsler arasındaki performans farkını biyolojiye in-

<sup>148</sup> Buckwald, s. 36.

<sup>149</sup> <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/may/05/caster-semenya-is-a-victim-of-rules-that-are-confusing-and-unfair> (erişim tarihi 26.04.2021).

<sup>150</sup> Byczkow/ Thompson, s. 336.

<sup>151</sup> Alaeddin Şenel, *İnsanlık Tarihi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2006, s. 110-113.

dirgemek ve salt testosteron miktarını da bir cinsiyet belirleyeni olarak seçmek, beklenenden yüksek testosteronu sahip kadınların kadın kimliğinin dışına itilmesine hatta patolojikleştirilmesine sebep olmaktadır. Ayrıca boy uzunluğu, ağırlık, kas kütlesi, çeviklik ve diğer genetik özellikler açısından aynı cinsin üyeleri arasında da önemli farklar vardır.

IAAF bünyesinde çalışan Eric Vilain, cinsiyetleri birbirinden ayıran tek bir kriter olmadığını söyleyerek çizilen her sınırı, kum üzerinde çizilen bir çizgiye benzetir. Yazara göre, tıbbi bir perspektiften yapılan cinsiyet kategorizasyonu aynı zamanda ideolojik bir boyut taşır. Çünkü zamanının iklimine göre, yapılan bu tanımlara toplumun cinsiyetlerden beklediği performanslara bağlı politik kaygılar eşlik eder.<sup>152</sup> Sporda, kişiyi başarıya götüren fiziksel kuvvet-hız- ağırlık- çeviklik gibi yetiler kadınlarda da gelişmiş olmasına karşın, bu özellikler geleneksel olarak erkeklikle ilişkilendirilen özelliklerdir. Nitekim, spor otoritelerinin, bir kadının o kadar hızlı koşamayacağı, koşabiliyorsa demek ki kadın olmadığı ya da yeterince kadın olmadığı şeklindeki yargısı buna bir örnektir.<sup>153</sup> Kadın bedeni de testosteron salgılamasına karşın, bu hormon kadınlara tamamen yabancı bir hormon muamelesi görmektedir.<sup>154</sup> Bu nedenle, bir kadın beklenenden yüksek testosteron hormonuna sahip olunca, bu “fazla” miktar baskılanmak istenmektedir.

Erkekler kategorisinde yarışacak sporcular için ise testosteron bakımından bir üst sınır yoktur.<sup>155</sup> Bir erkeğin rakiplerinden daha fazla testosteron salgılaması veya boy uzunluğu-kas miktarı açısından rakiplerine karşı biyolojik bir avantajının olması, haksız avantaj olarak görülmemektedir. Bu özellikler zaten erkekliğin doğal bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Sporda başarılı olan kadın ise, “kadınlığın” sınırını aşmakta, yeterince kadın olmamakla suçlanmaktadır.<sup>156</sup> Bu nedenle, Semenya'nın aldığı madalyalar, doğrudan onun yüksek testosteron hormonuna bağlanmaktadır. Kısacası, Federasyon kadınlara şu mesajı vermektedir: “Profesyonel sporda kadın olarak varlık gösterecekseniz de erkeklerin gerisinde kalın, ne yapacaksınız kadınlardan beklenen düşük performans skalası içinde yapın.” Bu görüşü, yüz yıl önce sporu salt bir erkek uğraşı olarak gören zihniyetin bugünkü yansıması olarak yorumlamak mümkündür.

Buradan ulaştığımız sonuç şudur ki kadınların ayrı bir kategoriye yerleştirilmesindeki amaç, adil rekabeti sağlamaktan ziyade sporun bir “erkek alanı” olarak içsel bütünlüğünü muhafaza etmektir. Federasyon, sporun “feminize” olacağını düşündüğü için cinsiyet testleri aracılığıyla kadınları ayrı bir kategoride konum-

<sup>152</sup> Vilain vd., s. 158.

<sup>153</sup> Buckwald, s. 19.

<sup>154</sup> Erikainen, s. 124.

<sup>155</sup> Holzer, s. 400.

<sup>156</sup> Erikainen, s. 27; Byczkow/ Thompson, s. 338.



landırıp marjinalleştirmiştir.<sup>157</sup> Federasyon'un uyguladığı cinsiyet testleri ataerkinin ve iki kutuplu cinsiyet rejiminin sürekliliğine hizmet etmektedir.<sup>158</sup>

Yukarıda savunduğumuz gibi, cinsel farkın kültürel olarak inşa edildiğini söylemek, bu farkın uydurma olduğunu ya da hiçbir değerinin olmadığını söylemek anlamına gelmez. Problem, bu farkın cinsiyetlendirilmiş bir şablon içinde sabitlenip sürdürülmek istenmesinden kaynaklanmaktadır. Kişinin doğumundan itibaren ilgili otoriteler, bedensel-fizyolojik-hormonal özelliklere önce cinsel bir kimlik atamakta, sonra da bu farkları kutuplaşmış ikiliklerin içine sıkıştırmaktadır. Chand ve Semenya ile beraber, azımsanmayacak sayıda kadının, müsabakalardan dışlanması veya yan etkilerine rağmen ilaç kullanmak zorunda bırakılması, Federasyon'un adil rekabeti iki kutuplu cinsiyetçi düzenin sınırları dışında düşünemediğini göstermektedir. Oysa, Federasyon'un kendi ekibinden Eric Vilain'in de belirttiği gibi, cinsiyet siyah-beyaz bir ikilikten ziyade bir spektrum üzerinde seyretmektedir. Dolayısıyla kurumların, adil rekabeti sağlamak için kadın-erkek ayrımı yerine daha kapsayıcı kabul edilebilirlik politikaları geliştirmeleri zorunludur.

Kapsayıcı olmak demek, tipik formların dışında kalan bedenler için non-binary veya interseks adıyla yeni bir kategori açmak değildir. Çünkü interseks varoluş da oldukça geniş ve karmaşık bir durumdur. Bu yüzden her iki cinsin organını taşıyan değil, tipik cinsiyet formlarının içerisine sığmayan kişi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, interseks sporcular, kadınlıkla erkeklik arasında bir yerde değil, dışında bir yerde durmaktadır. Sonuç olarak, sporda yeni açılacak interseks veya non-binary kategorisi makbul bedenler üzerinden ikili cinsiyet rejiminin güçlendirilmesine hizmet edecektir. Bu kategorinin açıldığı durumda, kişinin beyanına bakmaksızın, onu interseks kategorisinde yarışmaya zorlamak problemlidir. Hukuken kadın cinsiyetinde olan ve kesin bir dille kadın olduğunu beyan eden Semenya'yı interseks veya non-binary kategorisine sokmak adil bir çözüm olmayacaktır.<sup>159</sup>

<sup>157</sup> Krech, s. 69.

<sup>158</sup> Buckwald, s. 12-14.

<sup>159</sup> Erikainen, s. 155-156. IAAF'nin ekibinden Dr. Stephane Bermon, 2018 yılında verdiği bir röportajda, interseks atletlerin medyaya yansıyan bir ya da iki kişiden ibaret olmadığını, düşünülen daha fazla sayıda interseks sporcu olduğunu ve bu nedenle 5 ya da 10 yıl içinde kadın ve erkek kategorilerine ek olarak interseks kategorisinin açılacağını tahmin ettiğini söylemiştir. <https://www.theguardian.com/sport/2018/apr/26/iaaf-doctor-calls-for-intersex-category-athletics-caster-semenya> (erişim tarihi 22.09.2021) Örneğin, İskoçya Atletizm Federasyonu, ikili cinsiyet sisteminin dışındaki sporcular için 2019'dan itibaren non-binary kategorisi açmıştır. Önemli olan nokta şudur ki İskoçya Federasyonu bu kategorinin varlığının trans veya interseks olarak tanımlanan kişilerin kadın ya da erkek kategorilerinde yarışmasına bir hanel getirmeyeceğini en azından ilke düzeyinde kabul etmiştir. Oysa IAAF'nin interseks kategorisine yeşil ışık yakmasının nedeni bir tehdit olarak algıladığı cinsel çeşitliliğe karşı cinsel ikiliği muhafaza etmektir. Erikainen, s. 156.



Federasyon 2011 ve sonrasında yayımladığı metinlerde artık yaptığı işlemin cinsiyet belirleme amacı taşımadığını ileri sürse de<sup>160</sup> yaptığı test bir cinsiyet testidir. Tam da bu nedenle, BM İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün Aralık 2020'de yayımladığı bir rapor, cinsiyet testlerinin mevcut haliyle de insan hakları açısından problemliliğini teslim etmektedir.<sup>161</sup> Bu testler, adil rekabet adı altında cinsiyetlere ilişkin yerleşik kültürel kodların sürdürülmesine hizmet etmektedir. Bizim savunduğumuz görüşe göre de cinsiyet kategorisini tümenden ortadan kaldırmak, ilgili spor dalının niteliğine uygun düştüğü ölçüde ayrışmayı boy uzunluğu-ağırlık-beceri-eğitim veya ilgili diğer özellikler ekseninde sağlamak gerekir.<sup>162</sup> Eğer kişiler illa ki bir cinsel kimlikle tanımlanmak zorundaysa, bunun tespitinde asıl olan hormon düzeyi veya kromozomlar değil, kişinin kendi beyanı olmalıdır. Semenya'nın dış görünüşü ve tavırları üzerinden yapılan spekülasyonlar, cinsiyetin en başından beri biyolojik-genetik bir olgu olmaktan ziyade, toplumsal-siyasal bir kategori olduğunu kanıtlamaktadır.

---

<sup>160</sup> Erikainen, s. 144.

<sup>161</sup> Human Rights, s. 103-119.

<sup>162</sup> Archibald, s. 265, 275.

**KAYNAKÇA**

- ARCHIBALD**, Catherina Jean, ‘*Transgender and Intersex Sports Rights*’, Virginia Journal of Social Policy & Law, Cilt: 26, Sayı: 3, Yıl: 2019.
- BAVINGTON**, L. Dawn, “Sex control in women’s sport: A history of the present regulations on hyperandrogenism in female athletes”, Vikki Krane (ed.), *Sex, Gender, and Sexuality in Sport: Queer Inquiries*, Routledge, Oxford, 2019.
- BUCKWALD**, Jordan, ‘*Outrunning Bias: Unmaking the Justifications for Excluding Non-Binary Athletes in Elite Sport*’, Harvard Journal of Law and Gender, Cilt: 44, Sayı: 1, Kış 2021.
- BYCZKOW**, Michelle / **THOMPSON**, Kirsty, ‘*Testosterone Maketh the Man or Woman: Slowing down Caster Semenya*’, New Zealand Women’s Law Journal, Sayı: 3, Yıl: 2019.
- COGGON**, John / **HAMMOND**, Nasatha / **HOLM**, Soren, ‘*Transsexuals in Sport Fairness and Freedom*’, Sports Ethics and Philosophy, Sports Ethics and Philosophy, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2008.
- COLEMAN**, Doriane Lambelet, ‘*Semenya and ASA v IAAF: Affirming the Lawfulness of a Sex-Based Eligibility Rule for the Women’s Category in Elite Sport*’, Sweet & Maxwell’s International Sports Law Review, Sayı: 19, Yıl: 2019.
- COOPER**, Emily J., ‘*Gender Testing in Athletic Competitions–Human Rights Violations: Why Michael Phelps is Praised and Caster Semenya is Chastised*’, Journal of Gender, Race & Justice 14, No: 1, Fall 2010.
- ÇÜÇEN**, A. Kadir, *Bilim Felsefesine Giriş*, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2013.
- DİREK**, Zeynep, *Cinsel Farkın İnşası: Felsefi Bir Problem Olarak Cinsiyet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2018.
- ERİKAINEN**, Sonja, *Gender Verification and the Making of the Female Body in Sport: A History of the Present*, Routledge, New York-London, 2020.
- GÜRİZ**, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020.
- HARPER**, Johanna, *Sporting Gender: The History, Science and Stories of Transgender and Intersex Athletes*, The Rowman & Littlefield Publishing Group, London, 2020.
- HOLZER**, Lena, ‘*What does it mean to be Women in Sports? An analysis of the Jurisprudence of the Court of Arbitration for Sport*’, Human Rights Law Review, Oxford University Press, Cilt: 20, Sayı: 3, Yıl: 2020.
- JR**, Roger Pielke / **PAPE**, Madeleine, ‘*Science, Sport, Sex and the Case of Caster Semenya*’, Issues in Science and Technology, Cilt: 36, No: 1, Sonbahar 2019.
- KRANE**, Vikki / **PANUNTI**, Brandy, “Fair Play: Intersex Variations and Spor”, Vikki Krane (ed.), *Sex, Gender, and Sexuality in Sport: Queer Inquiries*, Routledge, Oxford, Yıl: 2019.
- KRECH**, Michele, ‘*The Misplaced Burdens of “Gender Equality” in Caster Semenya v IAAF: The Court of Arbitration for Sport Attempts Human Rights Adjudication*’, Sweet & Maxwell’s International Sports Law Review, Yıl: 2019.

- LİN**, Silver, 'Problems of Proof for the Ban on Female Athletes with Endogenously High Testosterone Levels', Chicago Journal of International Law, Cilt: 20, Sayı: 1, Yaz 2019.
- ÖZKAZANÇ**, Alev, *Feminizm ve Queer Kuram*, Dipnot Yayınevi, Ankara, 2015.
- PIEPER**, Lindsay Park, 'Sex Testing and the Maintenance of Western Femininity', The International Journal of the History of Sport, Cilt: 31, Sayı: 13, Yıl: 2014.
- RUBERT**, James L., 'Genitals to Genes: The History and the Biology of the Gender Verification in the Olympics', Cilt: 28, Sayı: 2, Sonbahar 2011.
- SEMERJIAN**, Tamar Z., "Making Space: Transgender Athletes", Eric Anderson and Ann Travers (ed.), *Transgender Athletes in Competitive Sport*, Routledge, 2017.
- ŞENEL**, Alaeddin, *İnsanlık Tarihi*, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.
- VİLAN**, Eric / **BETANCURT**, Jonathan Ospina / **BUENO-GUERRA**, Nereida / **PATİNO-MARTÍNEZ**, Maria Jose, "Transgender athletes in elite sport competitions", Eric Anderson and Ann Travers (ed.), *Transgender Athletes in Competitive Sport*, Routledge, 2017.

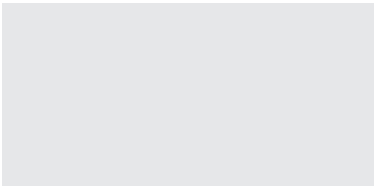
### Kararlar ve Belgeler

- Court of Arbitration for Sport: Bulletin, Sayı: 2, Yıl: 2015, Laussane, 2015.
- Dutee Chand v. Athletics Federation of India (AFI) & The International Association of Athletics Federations, CAS/2014/A/3759.
- Human Rights Watch, *They are Chasing Us Away From Sport: Human Rights Violations in Sex Testing of Elite Women Athletes*, December 2020.
- Mokgadi Caster Semenya & Athletics South Africa V. International Association of Athletics Federations, CAS 2018/O/5794.
- United Nations General Assembly Human Rights Council, *Elimination of discrimination against women and girls in sport*, A/HRC/40/L.10/Rev.1, 20 Mart 2019.

### İnternet Kaynakları

- <https://www.liveabout.com/michael-phelps-body-proportions-and-swimming-1206744> (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/may/05/caster-semenya-is-a-victim-of-rules-that-are-confusing-and-unfair> (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://howwagettonext.com/the-future-of-birth-control-means-facing-up-to-its-sexist-past-848c139a57c3> (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://www.bitchmedia.org/article/science-testosterone-female-athletes-olympics-problems-caster-semenya-dutee-chand-feminist> (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://www.theguardian.com/sport/2019/feb/13/caster-semenya-iaaf-report> (erişim tarihi 26.04.2021).
- [https://en.wikipedia.org/wiki/Caster\\_Semenya](https://en.wikipedia.org/wiki/Caster_Semenya) (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://www.sportslawbulletin.org/sex-spectrum-binary-world-sport-cass-decision-case-caster-semenya-ors-v-iaaf/> (erişim tarihi 26.04.2021).

- <https://www.worldathletics.org/news/press-release/eligibility-regulations-for-female-classifica> (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://deadspin.com/the-only-point-of-track-s-dumb-new-testosterone-rules-i-1825546141> (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://www.tas-cas.org/en/general-information/news-detail/article/semeyna-asa-and-iaaf-executive-summary.html> (erişim tarihi 26.04.2021).
- <https://www.bbc.com/sport/athletics/54973244> (erişim tarihi 06.05.2021).
- <https://bjsm.bmj.com/content/51/17/1309.erikalong> (erişim tarihi 06.05.2021).
- <https://www.youtube.com/watch?v=Af4CIrCL3D0> (erişim tarihi 29.10.2021).
- <https://www.theguardian.com/science/2019/dec/07/katrina-karkazis-cannot-use-testosterone-divide-people-male-female-gender-aggression-sexual-function> (erişim tarihi 27.09.2021).
- <https://www.worldathletics.org/news/press-release/questions-answers-iaaf-female-eligibility-reg> (erişim tarihi 20.10.2021).



**Özel Hukuk**  
Private Law



# Türk Hukukunda Aile Hekimliği Sistemi ve Aile Hekiminin İşveren Sıfatına İlişkin Bir İnceleme

## The Family Physician System in Turkish Law and a Review of the Employer Capacity of Family Physicians

Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Türk hukukunda 2008 yılında genel sağlık sigortası kurulmuş ve genel sağlık sigortası ile üç basamaklı sağlık sisteminin birinci basamağında aile hekimleri görevlendirilmiştir. Birinci basamak sağlık hizmetleri ve aile hekimleri, tüm sağlık sisteminin temelini oluşturduğu için sağlık sisteminin işleyişi açısından özel bir öneme sahiptir. Aile hekimliği sistemi uygulamaya konulduğu andan itibaren ilgili mevzuatta sıkça değişiklik yapılmış ve aile hekimlerinin görev alanı giderek genişletilmiştir. Aile hekimlerinin görev alanı açısından irdeleme yapıldığında İngiltere hukukundaki aile hekimliği sistemi ile önemli noktalarda benzerlik olması sebebiyle Türk hukukundaki aile hekimliği sistemi, İngiltere hukukundaki aile hekimliği sistemi ile birlikte çalışmamızın ilk bölümünde incelenmiştir. Aile hekimlerinin yükümlülükleri arasında, aile sağlığı merkezlerinde çalıştırılması gereken işçilerle iş ilişkisinin kurulması ve sürdürülmesi de yer almaktadır; ancak bu iş ilişkisi sebebiyle açılan davalarda, aile hekimlerinin işveren sıfatına sahip olup olmamasıyla ilgili Yargıtay'ın 9. ve 10. Hukuk Daireleri arasında görüş farklılığı ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda daha sonra, uygulama açısından önem arz eden bir konu olan aile hekimlerinin işveren sıfatına ilişkin değerlendirme yapılmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

Aile Hekimi, Aile Sağlığı Merkezi, Aile Sağlığı Çalışanı, Hukuki Statü, İşveren.

### Abstract:

In Turkish law, general health insurance was established in 2008, and family physicians were assigned to the primary tier of the three-tier health system via general health insurance. Primary healthcare services and family physicians are of special significance in terms of the functioning of the health system since they constitute the basis of the entire health system. Since the family medicine system was put into practice, changes have been made frequently in the relevant legislation, and family physicians' area of duties has been expanded gradually. Upon

<sup>(\*)</sup> Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: ybasmanav@sakarya.edu.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-9334-5232>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 17.11.2021.

Makale Kabul Tarihi: 05.01.2022.



reviewing family physicians' area of duties, similarities were observed between the family medicine systems in British law and Turkish law. Therefore, the family medicine systems in Turkish law and British law were analyzed in the first section of our study. The obligations of family physicians also include the establishment and maintenance of employment relationships with the workers who should be employed in family health centers. However, in cases filed owing to this employment relationship, a difference of opinion appeared between the Civil Chambers 9 and 10 of the Supreme Court regarding whether family physicians assumed the employer capacity. In our study, an evaluation was then made on the employer capacity of family physicians, which is a significant matter in respect of practice.

### Keywords:

Family Physician, Family Health Center, Family Health Worker, Legal Status, Employer.

## GİRİŞ

Sağlık sistemlerinin karşılaştığı sorunların çözümünde, güçlü bir birinci basamağa sahip olmak en etkili yollar arasında yer almaktadır. Güçlü bir birinci basamağa sahip olabilmek için ise bütüncül, kapsamlı ve sürekli sağlık hizmetini kişisel gereksinimleri göz önünde tutarak sunabilecek aile hekimlerinin bulunması gerekmektedir.<sup>1</sup> Uluslararası araştırmalar iyi eğitilmiş aile hekimlerinin görev aldığı, etkin bir şekilde faaliyet gösteren birinci basamak sağlık hizmetlerine sahip olan sağlık sistemlerinin, birinci basamak sağlık hizmeti zayıf olan sağlık sistemlerine nazaran hem finansal hem de klinik anlamda daha başarılı sağlık hizmeti sunduğunu ortaya koymaktadır.<sup>2</sup> Nitekim 2010 yılından itibaren Türkiye'nin tamamında uygulanan aile hekimliği sistemi ile ülkemizin sağlık göstergelerinde ehemmiyet arz eden iyileşmeler olduğu belirtilmektedir.<sup>3</sup>

Sağlık hizmetinin başarılı bir şekilde sunumunda kilit rol oynayan aile hekimliği sistemi, ülkemizde uygulanmaya başladığı andan itibaren tartışılan, eleştirilen ve mevzuatta sıkça değişiklik gerçekleştirilen bir alan olmuştur. Bu sebeple çalışmamızda aile hekimliği ile ilgili bilgi verildikten sonra Türk hukukunda aile hekimliği sistemi yasal çerçeve doğrultusunda incelenmiş ve daha sonra özellikle uygulama açısından çok önemli bir sorun olan aile hekimlerinin işveren sıfatıyla ilgili yasal durum ve yargı kararları arasındaki çelişki ortaya konulmaya çalışılmıştır.

<sup>1</sup> Mehmet Akman, 'Türkiye'de Birinci Basamağın Gücü', Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2014, Ankara, s. 71.

<sup>2</sup> Barbara Starfield, *Primary care: balancing health needs, services and technology*, Oxford: Oxford University Press, 1998'den aktaran *Aile Hekimliği/Genel Pratisyenlik Avrupa Tanımı*, Wonca-Europe, <https://www.woncaeurope.org/file/28b50fc9-f884-44ef-963d-128d14b5fb98/WONCA%20definition%20Turkish%20version.pdf>, 2002 (erişim tarihi 23.04.2021), s. 9; Aynı yönde Akman, s. 70.

<sup>3</sup> Hatice Tuba Akbayram, 'Neden Diğer Uzmanlıklar, Neden Aile Hekimliği Uzmanlığı Değil?', Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 2, Yıl: 2019, Ankara, s. 72.

Çalışmamızda ayrıca İngiliz hukukunun sağlık sistemi ve aile hekimliği sistemi de ele alınmıştır. Zira diğer ülkelerdeki aile hekimliği sistemleri incelendiğinde, İngiliz hukukundaki aile hekimliği sistemi ile Türk hukukundaki aile hekimliği sistemi arasında önem arz eden noktalarda benzerlik olduğu fark edildiği gibi İngiltere sağlık sistemi araştırıldığında, aile hekimliği sistemine oldukça önem verildiği de anlaşılmış ve İngiliz hukukundaki aile hekimliği sistemi örnek model olarak izah edilmeye çalışılmıştır.

## I. AİLE HEKİMLİĞİ SİSTEMİ

### A. Aile Hekimliğinin Tarihçesi ve Tanımı

Tıp tarihi incelendiğinde gelişen yeni disiplinler arasında yer alan aile hekimliği, tıbbın eski bir dalı olan genel pratisyenlikten evrilmiştir.<sup>4</sup> Avrupa ve Kuzey Amerika'da on dokuzuncu yüzyılda doktorların büyük bir çoğunluğunu genel pratisyenler oluşturduğu için bu dönem, genel pratisyenlik çağı olarak nitelendirilebilir.<sup>5</sup> İlerleyen süreçte teknolojik gelişim, araştırmalara yapılan yatırımlar ile birlikte tıp biliminde ana uzmanlık dalları, tanımlanmış eğitim programları ve yeterlilik sınavları ortaya çıkmış ve böylece 1930'larda genel pratisyenlik rahat görmeyen bir alan haline gelmiş, pratisyenlerin sayısı azalmıştır.<sup>6</sup> Bununla birlikte tıbbın bölümlere ayrılmasının ve teknolojiye odaklanmanın hasta-hekim ilişkisine olumsuz etkileri olmuş ve genel yaklaşım gösteren yeni hekim tipine ihtiyaç doğmuştur. Ayrıca 1960'larda sağlık hizmetlerinde, genel pratisyenlerin bireye sürekli ve kapsamlı bakım sağladığı birinci basamak; genellikle birinci basamak hekiminin sevk ettiği hastalara uzmanlık alanlarına göre hizmet veren uzman hekimlerin bulunduğu ikinci basamak; oldukça uzmanlaşmış hizmetleri veren çoğunlukla bölgesel merkezlerin olduğu üçüncü basamak şeklinde bir sınıflandırmaya gidilmiştir.<sup>7</sup> Böylece aynı dönemde aile hekimliği ile ilgili akademik kürsüler İngiltere, Kanada, Hollanda ve Amerika'da oluşturulmuş ve 1972'de de Dünya Genel Pratisyen/Aile Hekimliği Akademileri ve Kolejleri Örgütü (WON-CA) kurulmuştur.<sup>8</sup> Nitekim son yıllarda da aile hekimleri, hastaların sağlık hiz-

<sup>4</sup> Thomas R. Freeman, *McWhinney'in Aile Hekimliği*, A. Dilek Güldal (Ed.), Dördüncü Baskı, Çukurova Nobel Tıp Kitabevi, Adana, 2016, s. 3.

<sup>5</sup> Freeman, ss. 6-7.

<sup>6</sup> Freeman, s. 7; Aynı yönde Haluk Çağlayaner, 'Aile Hekimliğine Zemin Hazırlayan Koşullar', Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 1997, Ankara, s. 106.

<sup>7</sup> Freeman, ss. 7-8.

<sup>8</sup> Freeman, s. 8; Aile hekimliğinin tarihçesi hakkında bkz. Okay Başak/ Esra Saatçi/ Gülsen Ceyhan, 'Akademik Aile Hekimliği ve Gelişme Özellikleri: Türkiye Deneyimi', Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 4, Yıl: 2005, Ankara, s. 174 vd.; Esra Saatçi/ Nafiz Bozdemir/ Ersin Akpınar, 'Amerika Birleşik Devletleri'nde Aile Hekimliği', Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2006, Ankara, ss. 79-80; Pelin Tuuç, *Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Aile Hekimliği: Hukuki Bir Değerlendirme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, s. 137 vd.

metine erişimini iyileştirmek ve daha büyük bir popülasyona daha geniş sağlık hizmeti sunabilmek için ağlar ve federasyonlar oluşturmaktadır.<sup>9</sup>

Aile hekimliği “*tüm yaş, cins, organ ve hastalığı kapsayan bir uygulama alanında, kişileri fiziksel, ruhsal ve sosyal yapısıyla bütün olarak değerlendiren uzmanlık alanı*” şeklinde tanımlanabilir.<sup>10</sup> WONCA tarafından aile hekimliğinin/ genel pratisyenliğin tanımı “*kendine özgü eğitim içeriği, araştırması, kanıt temeli ve klinik uygulaması olan akademik ve bilimsel bir disiplin ve birinci basamak yönelimli klinik bir uzmanlıktır*” şeklinde yapılmaktadır.<sup>11</sup> Aile hekimleri esas olarak yaşa, cinsiyete ve rahatsızlığa ilişkin herhangi bir ayırım yapmaksızın tedavi ihtiyacı olan her kişiye kapsamlı ve sürekli bakımın sağlanması hususunda mesuliyeti olan kişisel doktorlardır ve söz konusu sorumluluklarını sağlığı geliştirerek, hastalıkları önleyerek ve rahatsızlıklarda hafifleme sağlayarak ifa ederler.<sup>12</sup> Aile hekimliği, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte genellikle tıp eğitiminden sonra 2 ila 5.5 yıllık uzmanlık eğitimi gerektiren birinci basamak sağlık hizmeti uzmanlığıdır.<sup>13</sup> Aile hekimleri kural olarak hastaların ilk temas noktasıdır ve ikinci basamak sağlık hizmetlerine erişimde “bekçilik (gatekeeper)” görevini üstlenmektedirler.<sup>14</sup>

Toplum sağlığı için özel bir sorumluluk üstelenen aile hekimliği disiplini sağlık sistemiyle ilk tıbbi temas noktası olma; sağlık kaynaklarının etkili kullanımını temin etme; bireye, ailesine ve topluma yönelik kişi merkezli yaklaşımın gelişmesine yol açma; hastalıkların akut ve kronik sağlık problemlerini aynı anda idare etme; uygun ve etkili süreç yönetimi ile toplumun sağlık durumunu iyileştirme; sağlık sorunlarını fiziksel, ruhsal, toplumsal, kültürel ve varoluş kapsamıyla birlikte inceleme özelliklerini haizdir ve esasen şimdiye kadar belirtilen tüm özellikleri bir arada yerine getirebilecek tek disiplindir.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Ruth Robertson/ Holly Holder/ Shilpa Ross/ Chris Naylor/ Sílvia Machaqueiro, *Clinical Commissioning GPs in Charge?*, [https://www.kingsfund.org.uk/sites/default/files/field/field\\_publication\\_file/Clinical\\_commissioning\\_web\\_pdf.pdf](https://www.kingsfund.org.uk/sites/default/files/field/field_publication_file/Clinical_commissioning_web_pdf.pdf), London, 2016 (erişim tarihi 02.04.2021), s. 11.

<sup>10</sup> Nil Tekin/ Okay Başak/ Ahmet Yıldırım, ‘*Türkiye’de Aile Hekimliğinin Kökenleri ve Gelişimi: Yarım Yüzyıllık Bir Hekim Deneyimi*’, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, Yıl: 2010, Ankara, s. 13.

<sup>11</sup> *Aile Hekimliği/Genel Pratisyenlik Avrupa Tanımı*, Wonca-Europe, 2002, s. 10; Aile hekimliği için yapılan tanımlar hakkında bkz. Saatçi/ Bozdemir/ Akpınar, ss. 80-82.

<sup>12</sup> *Aile Hekimliği/Genel Pratisyenlik Avrupa Tanımı*, Wonca-Europe, 2002, ss. 18-19.

<sup>13</sup> Çağlayaner, s. 106.

<sup>14</sup> Seán Boyle, *The UK Health Care System*, [https://www.commonwealthfund.org/sites/default/files/documents/\\_\\_\\_media\\_files\\_resources\\_2008\\_health\\_care\\_system\\_profiles\\_uk\\_country\\_profile\\_2008\\_pdf.pdf](https://www.commonwealthfund.org/sites/default/files/documents/___media_files_resources_2008_health_care_system_profiles_uk_country_profile_2008_pdf.pdf), 2008 (erişim tarihi 23.04.2021), s. 1; Aynı yönde A. W. Macara, ‘*İngiliz Sağlık Sistemi ve İngiltere’de Genel Pratisyen Hekimlik*’, Toplum ve Hekim, Cilt: 12, Sayı: 78, Yıl: 1997, Ankara, s. 35.

<sup>15</sup> *Aile Hekimliği/Genel Pratisyenlik Avrupa Tanımı*, Wonca-Europe, 2002, ss. 10-11, 19; Ayrıca bkz. Saatçi/ Bozdemir/ Akpınar, s. 82 vd.; Janice K. Fisher, ‘*Yirmi Birinci Yüzyıl İçin Nasıl Bir*

Ülkemizde birinci basamak hekimliği, özellikle 1960'lı yıllardan itibaren kurulmaya başlayan ve giderek tüm Türkiye'ye yayılan memleket/hükümet/sağlık ocağı tabipliği ekseninde gelişmiştir.<sup>16</sup> Aile hekimliğine ilk olarak 1983 yılında, Tababet Uzmanlık Tüzüğü'nde<sup>17</sup> yer verilmiş ve 1985 yılında Ankara, İstanbul ve İzmir'deki eğitim hastanelerinde aile hekimliği uzmanlık eğitimi başlamıştır.<sup>18</sup> YÖK'ün tavsiye kararı ile birlikte 1993 yılından itibaren tıp fakültelerinde aile hekimliği anabilim dalları oluşturulmaya başlamıştır.<sup>19</sup>

Kavramsal açıdan aile hekiminin, genel pratisyenlik/pratisyen hekimlik (general practice) yerine kullanıldığını vurgulamakta fayda görmekteyiz. Örneğin aile hekimliği kavramının ortaya çıkması sürecinde ABD'deki "Genel Pratisyenlik Akademisi"nin adı, "Aile Hekimliği Akademisi"; Kanada'daki "Genel Pratisyenlik Koleji"nin adı, "Aile Hekimliği Koleji" olarak değiştirilmiştir.<sup>20</sup> Ülkemizde aile hekimliği kavramını, uzmanlık dalı olan aile hekimliği ile hizmet modeli olan aile hekimliği şeklinde ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir. Uzmanlık dalı olan aile hekimliği klinik tıp dalıdır ve yukarıda ifade edildiği üzere, diğer ülkelerde bu uzmanlık dalı için genel pratisyenlik kavramı da kullanılmaktadır. Aile hekimi uzmanlığında, Tıpta Uzmanlık Sınavında aile hekimi uzmanlığı kazanıldıktan sonra belirli bir süre eğitim alınır ve bu eğitim bittikten sonra aile hekimi uzmanı olan kişiler, birinci basamak iyileştirici hizmeti sunmak üzere sağlık hizmeti kuruluşlarında görev alırlar. Bu kuruluşlar aile sağlığı merkezi gibi kamu kuruluşu ya da özel bir kuruluş olabilir.<sup>21</sup> Hizmet modeli olan aile hekimliğinde ise aile sağlığı merkezlerinin hizmet alanında yaşayan aileler, aile hekimlerinden hem koruyucu hem tedavi edici sağlık hizmeti almaları durumu kast edilmektedir. Aile sağlığı merkezinde çalışacak olan doktorlar genel pratisyen olabileceği gibi aile hekimi uzmanı da olabilmektedir.<sup>22</sup> Aile hekimi uzmanı olmayan genel pratisyenler, tıp fakültesinden mezun olduktan sonra Tıpta Uzmanlık Sınavına

---

*Genel Pratisyen Hekimlik*, Kayıhan Pala (çev.), Toplum ve Hekim, Cilt: 11, Sayı: 74, Yıl: 1996, Ankara, s. 65 vd.; Mustafa Fevzi Dikici/ Mehtap Kartal/ Serap Alptekin/ Mahcube Çubukcu/ Akın Serhat Ayanoğlu/ Füsün Yarış, 'Aile Hekimliğinde Kavramlar, Görev Tanımı ve Disiplininin Tarihiçesi', Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences, Cilt: 27, Yıl: 2007, s. 412 vd.

<sup>16</sup> Tekin/ Başak/ Yıldırım, s. 14.

<sup>17</sup> RG. 18.04.1973, 14511.

<sup>18</sup> Çağlayaner, s. 106.

<sup>19</sup> Pemra C. Ünalın/ Arzu Uzuner, 'Türkiye'de Aile Hekimliğinin Geleceğine Yönelik Planlar', Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2005, Ankara, s. 38.

<sup>20</sup> Freeman, s. 12; "General practice" ifadesi esas olarak "pratisyen hekim" anlamına gelmekle birlikte aile hekimi kavramı için "general practice" ifadesinin kısaltması olan "GP" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir.

<sup>21</sup> Zafer Öztekin, 'Sağlıkta Dönüşüm ve Aile Hekimliği', Toplum Hekimliği Bülteni, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2006, Ankara, s. 2; Aynı yönde Tuuç, s. 150.

<sup>22</sup> Öztekin, s. 2.

girmeden “Birinci Aşama Aile Hekimliği Uyum Eğitimi” sertifika programını tamamlayarak aile sağlığı merkezlerinde çalışabilmektedirler.<sup>23</sup> Doktrinde katıldığımız görüş uyarınca aile hekimliği hizmetlerinin öneminin her geçen gün dikkat çektiği günümüzde aile hekimi uzmanı olmayan, sadece Sağlık Bakanlığı’nın sertifika programını tamamlayan hekimlerin, aile hekimliği hizmeti sunmasına imkân vermek doğru bir uygulama değildir.<sup>24</sup>

## B. İngiltere’de Aile Hekimliği Sistemi

### 1. Genel Olarak

Günümüzde oldukça dikkat çeken bir uzmanlık dalı olan aile hekimliği, ABD, Küba, İngiltere, Çin gibi pek çok ülkede farklı finansal modellerle uygulanmaktadır.<sup>25</sup> Aile hekimliği sisteminin daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle sağlık sistemleri hakkında bilgi vermek gerekmektedir. Sağlık sistemi, sağlık hizmetlerinin arzı, finansmanı, mevzuat ve politikasından oluşan bütün şeklinde tanımlanabilir.<sup>26</sup> Dünyadaki mevcut sağlık sistemleri, ulusal sağlık sistemi, hastalık sigortası sistemi ve karma ve yerel örgütler sistemi olmak üzere üç büyük gruba ayrılarak tasniflenmektedir.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Akbayram, s. 72; Aynı yönde Tuuç, s. 150; Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği’nin “Eğitim” başlıklı 21. maddesine göre, “(1) Aile hekimlerine iki aşama halinde eğitim verilir ve bu eğitimlerin içeriği Kurum tarafından belirlenir. Birinci aşama eğitim programının süresi en çok on gündür. Üniversitelerde bir ay süre ile aile hekimliği stajı yapmış olarak mezun olan hekimler birinci aşama eğitimden muaf tutulur. İkinci aşama eğitimi ise uzaktan eğitim tarzında yapılacak şekilde planlanarak birinci aşama eğitiminin bitiminden sonra başlar ve süresi en az on iki aydır. Bu eğitimlerde Kurumun belirlediği kriterlere göre başarılı olmak esastır. (2) Aile hekimliği uzmanlarının birinci ve ikinci aşama eğitimlere katılması zorunlu değildir. Sözleşme imzalamış aile hekimliği uzmanları, uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; içeriği, süresi ve standartları Kurum tarafından belirlenen diğer hizmet içi eğitimlere alınabilirler. (3) Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları bu madde kapsamında alınması öngörülen her eğitim süresinin en az %80 ine devam etmek zorundadırlar.”; Eğitim hakkında bkz. Ali Nazım Sözer, ‘Genel Sağlık Sigortasının Organizasyonu’, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara, 2010, ss. 438-439.

<sup>24</sup> Ali Rıza Okur/ Hediye Ergin, ‘Türkiye’de Sağlık Reformunun Geçmişi ve Geleceği’, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, 2008, s. 634; Sözer, Genel Sağlık Sigortasının Organizasyonu, s. 438; Tuuç, s. 150.

<sup>25</sup> Çağlayaner, s. 106.

<sup>26</sup> Halil İbrahim Çiftçi, *Çeşitli Ülkelerde Sağlık Sistemi ve Finansmanı*, <https://docplayer.biz.tr/36802801-Cesitli-ulkelerde-saglik-sistemi-ve-finansmani-halil-ibrahim-ciftci.html> (erişim tarihi 22.07.2013), s. 1.

<sup>27</sup> Ali Rıza Okur, *Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları*, Yayımlanmamış Monografi, 1992, s. 3; Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nürşen Canıklıoğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 740-741; İlhan Serin, *Genel Sağlık Sigortası ve Uygulanabilirliği*, Kazancı Hukuk Yayınları: 184, İstanbul, 2004, ss. 7-10; Doktrinde sağlık sistemlerinin Batı Avrupa tipi, Amerika tipi, Sovyet Rusya tipi, gelişmemiş ülkeler tipi ve özel sigorta ağırlıklı, sosyal sigorta ağırlıklı, ulusal sağlık sistemi, sosyalist sağlık sistemi, karmaşık yapıda sağlık

İngiltere, Danimarka, İsveç, İtalya, Norveç, Finlandiya, İzlanda ve İspanya'da uygulanan ulusal sağlık sisteminin temel özellikleri, sistemin herkesi kapsamı, merkezi örgütlenmenin olması, sağlık örgütünün ücretsiz hizmet vermesi ve vergilerden finanse edilmesidir.<sup>28</sup> Fransa, Almanya, Belçika, Avusturya, Lüksemburg ve Japonya'da uygulanan hastalık sigortası sistemi bağımsız sandık veya kurum tarafından yönetilmekte ve sistem, gelir üzerinden alınan sigorta primleri ve vergi yoluyla finanse edilmektedir.<sup>29</sup> Hastalık sigortası sisteminin geçerli olduğu ülkelerde kapsam ve finansman bakımından önemli farklılıklar mevcuttur.<sup>30</sup> Amerika, Kanada ve İsviçre'de uygulanan karma ve yerel örgütleri sisteminde özel sigorta şirketleri çoğunlukta olup; sosyal sigorta, nüfusun küçük bir bölümünü kapsamakta ve sistem büyük oranda sigorta primlerinden ve kısmen de vergilerden finanse edilmektedir.<sup>31</sup>

Çalışmamızda örnek olarak aldığımız İngiltere'nin sağlık sistemi, Ulusal Sağlık Hizmetleri Sistemi (National Health Service-NHS)'dir. NHS, İngiltere'de 1948 yılından beri uygulanmaktadır, NHS'den önce Lloyd George tarafından yürürlüğe koyulan ve sadece düşük gelirli işçilerin işverenleri tarafından sigortalanmasını zorunlu kılan Sağlık Sigortası Yasası yürürlükteydi.<sup>32</sup>

NHS, kendisine özgü temel bir felsefeyi ve örgütlenmeyi haiz olması hasebiyle özel bir öneme sahiptir. Şöyle ki NHS, ödeyebilme gücüne bakmaksızın

---

sistemi, ilkel yapıda sağlık sistemi şeklinde gruplandırılmaları ve diğerleri hakkında bkz. Çiftçi, s. 1 vd.; Sağlık sistemleri hakkında ayrıca bkz. A. Erdal Sargutan, 'Sağlık Sektörü ve Sağlık Sistemlerinin Yapısı', Hacettepe Üniversitesi Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 3, Yıl: 2005, Ankara, s. 406 vd.

<sup>28</sup> Okur, s. 4; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 740; Serin, s. 7; Yalçın Bostancı, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007, s. 54; Ayrıca bkz. Can Tuncay/ Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 585.

<sup>29</sup> Okur, s. 5; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 740; Serin, s. 8; Ayrıca bkz. Tuncay/ Ekmekçi, s. 584; Bostancı, s. 55 vd.

<sup>30</sup> Okur, s. 5; Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 740; Serin, s. 8.

<sup>31</sup> Okur, s. 7; Serin, s. 9; Ayrıca bkz. Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 741; Tuncay/ Ekmekçi, s. 584; Bostancı, s. 57.

<sup>32</sup> Bülent Kılıç/ Çiğdem Bumin, 'İngiltere Ulusal Sağlık Sistemi', Toplum ve Hekim, Yıl: 1993, Ankara, s. 32; İngiltere'nin sağlık sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz. Gwyn Bevan/ Marina Karanikolos/ Jo Exley/ Ellen Nolte/ Sheelah Connolly/ Nicholas Mays, *The Four Health Systems of the United Kingdom: How do They Compare?*, 2014, file:///C:/Users/sau/Desktop/TheFourHealthSystemsOfTheUKHowDoTheyCompare\_fullversion.pdf (erişim tarihi 05.02.2021), s. 9 vd.; Konstantina Grosios/ Peter B. Gahan/ Jane Burbidge, 'Overview of Healthcare in the UK', EPMA Journal, Cilt: 1, Yıl: 2010, s. 529 vd.; Okur, s. 159 vd.; Kılıç/ Bumin, s. 32 vd.; Bostancı, s. 68 vd.; Serin, s. 121 vd.; Daniel K. Onion/ Robert M. Berrington, 'Comparisons of UK General Practice and US Family Practice', JABFP, Cilt: 12, Sayı: 2, Yıl: 1999, s. 162 vd.; Gazanfer Aksakoğlu, 'İngiltere Sağlık Sistemi', Toplum ve Hekim, Cilt: 9, Sayı: 64-65, Yıl, 1995, Ankara, s. 96 vd.; Macara, s. 35 vd.



tüm vatandaşları kapsamakta ve herkese eşit sağlık hizmeti sunmayı hedeflemektedir.<sup>33</sup> Bu doğrultuda NHS kapsamında sağlık hizmetleri büyük bir oranda<sup>34</sup> ücretsizdir ve NHS, İngiltere’de ikamet eden herkese koruyucu hekimlik hizmetlerini, birinci basamak sağlık hizmetlerini, hastane hizmetlerini, dış sağlığı hizmetlerini ve ruh sağlığı hizmetlerini sağlamaktadır.<sup>35</sup>

NHS’yi diğer sağlık sistemlerinden ayıran temel özellikler arasında çoğu batılı ve gelişmiş ülkelerin aksine, NHS’nin genel vergilendirme ile finanse edilmesi<sup>36</sup> ve sigortacılığın çok az uygulanması ile İngiltere’de Gayri Safi Milli Hasıla’dan sağlığa ayrılan payın, diğer batılı ülkelere daha az olmasına rağmen sağlık düzeyi göstergelerinin daha iyi olması sıralanabilir.<sup>37</sup> NHS’nin dikkat çekici diğer özellikleri arasında sağlık kurumlarının tamamına yakınınin kamulaştırılmasını, sağlık hizmetinin nüfusa orantılı olacak şekilde düzenlenmesini ve en uç noktada genel pratisyen - aile hekimi (GP - general practitioner) olmak üzere, sağlık sistemindeki basamaklar arasındaki akışın son derece iyi gerçekleştirildiği bir sevk zincirinin bulunmasını vurgulamak gerekmektedir.<sup>38</sup>

## 2. Sağlık Hizmetlerinin Organizasyonu

İngiltere’de sağlık hizmetlerinin yönetiminde merkezi sorumluluk Sağlık ve Sosyal Hizmet Bakanlığı’na ait olmakla birlikte<sup>39</sup> söz konusu sorumluluğu Bakanlık, Bakanlık’tan bağımsız yasal kuruluş olan İngiltere Ulusal Sağlık Kurumu (National Health Service England - NHS England) ile paylaşmaktadır.<sup>40</sup>

Bölgesel düzeyde Sağlık ve Sosyal Hizmet Bakanlığı, Stratejik Sağlık Mercii - (Strategic Health Authority - SHA) ve SHA’ya bağlı Birinci Basamak Sağlık Hiz-

<sup>33</sup> Kılıç/ Bumin, s. 32.

<sup>34</sup> Türk sağlık sisteminde olduğu üzere İngiltere sağlık sisteminde de reçeteli ilaç alımında ya da dış tedavisinde katkı payı gibi özellikler bulunmaktadır. Bkz. Boyle, The UK Health Care System, s. 1.

<sup>35</sup> Seán Boyle, ‘United Kingdom (England) Health System Review’, [https://www.researchgate.net/publication/50939381\\_United\\_Kingdom\\_England\\_Health\\_System\\_Review/link/5440ecfc0cf228087b69a105/download](https://www.researchgate.net/publication/50939381_United_Kingdom_England_Health_System_Review/link/5440ecfc0cf228087b69a105/download), 2011 (erişim tarihi 23.04.2021), s. 21; Boyle, The UK Health Care System, s. 1; Ulusal Sağlık Hizmetleri Sistemi Kanunu m.1, f.4’te yasal istisnalar dışında, sağlık hizmetlerinin ücretsiz olduğu vurgulanmaktadır.

<sup>36</sup> İngiltere’de sağlık hizmetleri esas olarak NHS aracılığıyla yürütülmekte ise de özel hastanelerin ve özel sağlık sigortalarının sistemde önemli bir payı bulunmaktadır; Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 225.

<sup>37</sup> Kılıç/ Bumin, s. 32; Bostancı, s. 69; Serin, s. 121.

<sup>38</sup> Kılıç/ Bumin, s. 33; Serin, ss. 122-123.

<sup>39</sup> Grosios/ Gahan/ Burbidge, s. 530; Kılıç/ Bumin, s. 33; Bostancı, s. 70.

<sup>40</sup> NHS England 2019-2020 Annual Report, <https://www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2021/01/nhs-england-annual-report-2019-20-full.pdf> (erişim tarihi 23.04.2021), s. 10; İngiltere Ulusal Sağlık Kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. NHS England 2019-2020 Annual Report, s. 10 vd.



meti Tröstleri (Primary Care Trust - PCT) aracılığıyla faaliyet göstermekteydi.<sup>41</sup> Bununla birlikte 2012 tarihli Sağlık ve Sosyal Hizmet Kanunu ile (Health and Social Care Act 2012- HSCA) 2006 tarihli Ulusal Sağlık Hizmetleri Sistemi Kanunu'nda (National Health Service Act - NHTA) değişiklik yapılmak suretiyle SHA'lar ve PCT'ler kaldırılmış, bu kuruluşların yerini 1 Nisan 2013'ten itibaren Clinical Commissioning<sup>42</sup> Groups<sup>43</sup> (Bölgesel Sağlık Hizmetleri Mercii - CCG) almıştır.<sup>44</sup>

CCG'lerin sağlık hizmetlerinin sunumunda, organizasyon işlevi bulunmaktadır (NHTA m. 11). CCG'ler NHS bütçesinden harcama yetkisi de olan yerel aile hekimi uygulamalarından oluşan kuruluşlardır. Bu kuruluşlar, yerel sağlık hizmetlerinin tasarımının ve finansmanının sorumluluğunu aile hekimlerine bırakmaktadır.<sup>45</sup> CCG'ler aynı zamanda ikinci basamak sağlık hizmetleri, akıl sağlığı hizmetleri, acil bakım ve sosyal bakım hizmetlerinin gerçekleştirilmesinden sorumlu oldukları gibi HSCA ile CCG'lere özellikle birinci basamak sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi görevi verilmiştir.<sup>46</sup> Aile hekimliği hizmeti, CCG'lerin bünyesinde mevcut

<sup>41</sup> SHA ve PCT hakkında detaylı bilgi için bkz. Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 21 vd.; Grosios/ Gahan/ Burbidge, s. 530 vd.

<sup>42</sup> NHS'nin resmi internet sayfasında "commissioning" ifadesi ile hizmetlerin planlanması ve izlenmesi için sürekli bir sürecin ve bir popülasyon için sağlık ihtiyaçları değerlendirmesinden, hasta bakımının klinik temelli tasarımına, hizmet şartnamesine, sürekli kalite değerlendirmesiyle sözleşme müzakerelerine ve tedarik etmeye kadar pek çok eylemin kastedildiği vurgulanmaktadır: <https://www.england.nhs.uk/commissioning/what-is-commissioning/> (erişim tarihi 01.04.2021).

<sup>43</sup> NHS'nin resmi internet sayfasında CCG'nin görev tanımı, sorumlu buldukları yerel bölgenin sağlık hizmetlerinin planlanması ve hizmetleri yürütecek birimlerin görevlendirilmesiyle yükümlü olan NHS'ye bağlı yasal kuruluşlar olarak ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.nhscc.org/ccgs/> (erişim tarihi 05.02.2021). Bu nedenle çalışmamızda CCG'nin Türkiye karşılığına yer verilirken yerine getirdiği görevden hareketle "Bölgesel Sağlık Hizmetleri Mercii" terimi tercih edilmiştir.

<sup>44</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Health\\_care\\_in\\_the\\_United\\_Kingdom](https://en.wikipedia.org/wiki/Health_care_in_the_United_Kingdom) (erişim tarihi 05.02.2021); <https://www.england.nhs.uk/commissioning/who-commissions-nhs-services/ccgs/> (erişim tarihi 05.02.2021).

<sup>45</sup> Robertson/ Holder/ Ross/ Naylor/ Machaqueiro, s. 10; CCG'ler NHS standartlarını ve maliyetlerini karşılayan herhangi bir hizmet sağlayıcıdan hizmet satın alır ki bu hizmet sağlayıcıları NHS hastaneleri, sosyal girişimler, gönüllü kuruluşlar veya özel sektör sağlayıcıları olabilmektedir, <https://www.england.nhs.uk/commissioning/who-commissions-nhs-services/ccgs/> (erişim tarihi 01.04.2021).

<sup>46</sup> Robertson/ Holder/ Ross/ Naylor/ Machaqueiro, s. 10; <https://www.england.nhs.uk/commissioning/who-commissions-nhs-services/ccgs/> (erişim tarihi 01.04.2021); CCG'lerin görev alanının genişliği ve bu nedenle ortaya çıkan sorunlar hakkında bkz. Robertson/ Holder/ Ross/ Naylor/ Machaqueiro, s. 10 vd.; CCG'lerin görevlerinin düzenlendiği NHTA m.3'e göre CCG'ler sorumluluk alanlarında olan kişilerin sağlık hizmetlerinin sağlanması için şu hususların düzenlenmesinden sorumludur: a) hastanede konaklama, b) NHTA kapsamında sağlanan bir sağlık hizmeti için gerekli olan diğer konaklama, c) tıp, ağız ve diş, oftalmik, hemşirelik ve ambulans hizmetleri, d) hamile ve emziren kadınlar ile çocukların sağlık hizmetleri için uygun olan hizmetler ve tesisler, e) sağlık sisteminin uygunluğu doğrultusunda önleyici sağlık hizmetleri ve önleyici sağlık hizmetleriyle ilgili tesisler, hastaların bakımı ve hastaların sonradan bakımı ile ilgili hizmetler ve tesisler, f) hastalığın teşhis

olan ‐aile hekimliği birimleri‐ tarafından gerçekleştirilmektedir,<sup>47</sup> bir başka deyişle tüm aile hekimliği birimleri bir CCG’nin yesi olmalıdır (Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi Yönetmeliği<sup>48</sup> m.21)<sup>49</sup> ve CCG ile aile hekimliği biriminin iletişiminde, birimi temsil etmek üzere bir aile hekimi görevlendirilmelidir.<sup>50</sup>

NHSA ile CCG’ler ile birlikte Ulusal Sağlık Hizmetleri Komisyonu Kurulu da (The National Health Service Commissioning Board - Kurul) kurulmuştur. NHSA m.1H, f.2’de Kurulun, Sağlık ve Sosyal Hizmet Bakanı ile birlikte halk sağlığının temini ve NHSA’nın 1. Bölümünde<sup>51</sup> belirtilen görevlerden sorumlu olduğu belirtilmektedir. Kurul’un da CCG’ler gibi sağlık hizmetinin sunumunda organizasyon işlevi bulunmaktadır (NHSA m.1H, f.3).<sup>52</sup> Esasen Kurul, NHS’nin mevcut kaynaklar dâhilinde hastalar için daha iyi sonuçlar elde etmesini sağlamakla görevli ulusal bir kuruluştur.<sup>53</sup> CCG’ler ulusal düzeyde sağlık hizmeti yrtmnn sorumluluğunu alamayacakları için Kurul oluşturulmuştur. Kurul, hem sağlık hizmetinin yönetimi hem de sağlık sisteminin uyumlu, koordineli ve verimli olmasını sağlama açısından önemli bir role sahiptir.<sup>54</sup>

Kurul, bir CCG’nin kurulması için gerekli onayı verme yetkisini (NHSA m.14B) ve bir CCG’yi feshetme yetkisini (NHSA m.14Z21, f.7) haizdir. Kurulun konumuz açısından önem arz eden görevi ise aşağıda da ifade edileceği üzere aile hekimliği birimleriyle, ilgili sözleşmeleri imzalamaktır (NHSA m.84).<sup>55</sup>

İkinci basamak sağlık hizmetleri hastanelerde çalışan uzman doktorlar, hemşireler ve fizyoterapist veya radyolog gibi diğer sağlık uzmanları tarafından sağlanmakta

---

ve tedavisi için gerekli olan diğer hizmetler veya tesisler. NHSA m.3A’ya göre CCG’ler fiziksel ve zihinsel sağlık ile hastalığın önlenmesi, teşhis ve tedavisinde sağlık hizmetinin iyileştirilmesi amacıyla uygun görülen hizmetleri veya tesisleri devreye alma yetkisini haizdir.

<sup>47</sup> <https://www.england.nhs.uk/ccgs/> (erişim tarihi 01.04.2021).

<sup>48</sup> Yönetmelik hakkında I.B.3’te bilgi verilecektir.

<sup>49</sup> CCG’lerin, aile hekimliği sistemine olumlu katkılarını ortaya koyan araştırmalar hakkında bkz. Robertson/ Holder/ Ross/ Naylor/ Machaqueiro, s. 17, 33.

<sup>50</sup> Robertson/ Holder/ Ross/ Naylor/ Machaqueiro, s. 20.

<sup>51</sup> NHSCA ile getirilen değişiklerle birlikte NHSA’nın 1. Bölümünde Sağlık ve Sosyal Hizmet Bakanına sağlık hizmetinin kapsamını genişletme, hizmet kalitesinde iyileştirme, yetersizlikleri azaltma, özerkliği teşvik etme, araştırmayı geliştirme, eğitim ve öğretimin iyileştirilmesi görevleri verilmiştir.

<sup>52</sup> NHSA m.13C ve devamında Kurulun genel yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre Kurul görevlerini etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yerine getirmeli, hizmet kalitesini iyileştirmeli, özerkliği teşvik etmeli, yetersizlikleri azaltmalı, hasta katılımını - inovasyonu - araştırmayı - eğitim ve ğretimi- entegrasyonu teşvik etmelidir. Aynı yükümlülükler NHSCA m.14P ve devamında CCG’ler için de kural altına alınmiştir.

<sup>53</sup> *Developing the NHS Commissioning Board*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/216408/dh\\_128196.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/216408/dh_128196.pdf) (erişim tarihi 1.4.2021), s. 7, 23.

<sup>54</sup> *Developing the NHS Commissioning Board*, s. 5.

<sup>55</sup> Kurul hakkında detaylı bilgi için bkz. *Developing the NHS Commissioning Board*, s. 5 vd.

ve hastaların ikinci basamak sağlık kuruluşlarına, acil sağlık hizmeti gerektiren durumlar hariç olmak üzere, aile hekimleri tarafından sevk edilmeleri gerekmektedir.<sup>56</sup> Aile hekiminin sevki olmadan üst basamağa başvuru durumunda hastalar, sağlık hizmetlerinin bedelini ödemek zorunda kalırlar.<sup>57</sup> Üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde ise üst ihtisas sahibi doktorlar bulunmaktadır ve bu hizmetler her hastanede değil, yüksek nüfus yoğunluğunun bulunduğu bölgelerde sunulmaktadır. Üçüncü basamakta tıp fakülteleri ve eğitim-araştırma hastaneleri de yer almaktadır. Hastalar üçüncü basamaktaki sağlık kuruluşlarına genellikle ikinci basamaktaki uzmanlar tarafından sevk edilmekle birlikte üçüncü basamaktaki sağlık kuruluşlarına aile hekimlerinin doğrudan sevk yetkisi de bulunmaktadır.<sup>58</sup> Yukarıda da ifade edildiği üzere İngiliz sağlık sisteminin dikkat çekici özellikleri arasında, sağlık sistemindeki basamaklar arasındaki akışın son derece iyi gerçekleştirildiği bir sevk zincirinin bulunması yer almaktadır. Şöyle ki ülkemizde de basamaklandırılmış sağlık sistemi bulunmakta ve fakat mevzuatta yer alan basamaklar arasındaki sevk zinciri, uygulamada yerini henüz almamıştır.<sup>59</sup> Katıldığımız görüş uyarınca sevk zincirinin uygulanmaması ülkemizdeki aile hekimliği sisteminin en zayıf noktasıdır. Zira sevk zinciri olmadan mali açıdan etkili birinci basamak sağlık hizmetlerinden ve aile hekiminin sağlık hizmetinin koordinasyonu tam olarak sağlanmasından bahsedilemez.<sup>60</sup> Nitekim yapılan çalışmalarda, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleri verilmesi gereken aile sağlığı merkezlerinin en fazla ilaç yazdırmak için kullanıldığı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>61</sup>

### 3. Aile Hekimliği Sisteminin İşleyişi

İngiliz sağlık sisteminin en güçlü yönlerinden biri olan aile hekimleri,<sup>62</sup> sağlık sisteminin ilk temas noktasıdır; akut ve kronik rahatsızlığı olanlar ile ölümcül hastalığı olanların tedavisi, aile planlaması, doğum öncesi bakım, obstetrik bakım gibi birçok genel tıbbi sorunla ilgilenirler. Aynı zamanda aile hekimleri, aşılama, kanser taraması gibi önleyici sağlık hizmetlerinin sunumundan da sorumludurlar.<sup>63</sup>

İngiliz sağlık sisteminde aile hekimleri genellikle “birim ortağı” (GP Partners) olarak çalışmaktadırlar ve bu sistem için “ortaklık modeli” (partnership

<sup>56</sup> Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 234, 240; Aynı yönde Serin, ss. 124-125.

<sup>57</sup> Kılıç/ Bumin, s. 34.

<sup>58</sup> Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 234, 240.

<sup>59</sup> Bkz. Güzel/ Okur/ Canıklıoğlu, s. 801; Tuncay/ Ekmekçi, ss. 639-640.

<sup>60</sup> Akman, s. 76.

<sup>61</sup> Akbayram, s. 76.

<sup>62</sup> *General Practice Forward View April 2016*, NHS England, <https://www.england.nhs.uk/publication/general-practice-forward-view-gpfv/> (erişim tarihi 15.04.2021), s. 6.

<sup>63</sup> Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 229; Aynı yönde Kılıç/ Bumin, s. 34-35.

model) ifadesi kullanılmaktadır.<sup>64</sup> Üç veya dört aile hekimi bir araya gelerek “aile hekimliği birimi” (general practice) oluşturmakta; birimin bünyesinde hemşire, fizyoterapist gibi diğer sağlık personelleri ile idari personel de bulunmakta ve birinci derece sağlık hizmeti verilmektedir.<sup>65</sup>

Ortaklık modeli, aile hekimleri için ana yasal yapı olma özelliğini taşımaktadır. Ortaklıklar bağımsız işletmelerdir ve işletmenin nasıl yürütüleceğine ilişkin hüküm ve koşulları belirleyen ilgili aile hekimliği birimi ile Kurul arasındaki ortaklık anlaşmasına dayanmaktadır. Söz konusu anlaşma General Medical Services-GMS,<sup>66</sup> (Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi-ulusal düzeyde müzakere edilmiş sözleşme türü), Personal Medical Services-PMS<sup>67</sup> (yerel düzeyde müzakere edilmiş sözleşme türü), Alternative Provider Medical Services-APMS<sup>68</sup> (özel hastaneler gibi alternatif sağlık hizmetleri sağlayıcısı ile müzakere edilmiş sözleşme türü) şeklinde gerçekleştirilmektedir.<sup>69</sup> GMS için NHS (NHS England and NHS Improvement)<sup>70</sup> ile İngiliz Tabipleri Birliği<sup>71</sup> Aile Hekimliği Komitesi (British Medical Association- “BMA” General Practitioners Committee) arasında müzakere gerçekleştirilmekte ve aile hekimliği birimleri ile Kurul arasında imzalanacak ortaklık anlaşması için çerçeve sözleşme oluşturulmaktadır.<sup>72</sup> Nitekim bu

<sup>64</sup> <https://www.healthcareers.nhs.uk/explore-roles/doctors/roles-doctors/general-practice-gp> (erişim tarihi 14.04.2021); Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 119; Bu sistemin son yıllarda popülerliğinin azalması hakkında bkz. *GP Partnership Review - Final Report*, 2019, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/770916/gp-partnership-review-final-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/770916/gp-partnership-review-final-report.pdf) (erişim tarihi 14.04.2021), s. 8.

<sup>65</sup> Kılıç/ Bumin, ss. 34-35; Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 226.

<sup>66</sup> Sözleşme hakkındaki Yönetmelik için bkz. *The National Health Service (General Medical Services Contracts) Regulations 2015*, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/1862/contents> (erişim tarihi 16.04.2021).

<sup>67</sup> Sözleşme hakkındaki Yönetmelik için bkz. *The National Health Service (Personal Medical Services Agreements) Regulations 2015*, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/1879/contents> (erişim tarihi 16.04.2021); NHS'nin 2019 yılında yayımladığı standart PMS için bkz. *Standard Personal Medical Services Agreement October 2019*, <https://www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2019/11/pms-contract-october-2019.pdf> (erişim tarihi 16.04.2021).

<sup>68</sup> Sözleşme hakkındaki Yönerge için bkz. *The Alternative Provider Medical Services Directions 2020*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/923596/The-Alternative-Provider-Medical-Services-Directions-2020-1-Oct-2020.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/923596/The-Alternative-Provider-Medical-Services-Directions-2020-1-Oct-2020.pdf) (erişim tarihi 16.04.2021).

<sup>69</sup> *GP Partnership Review - Final Report*, s. 20; Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 119.

<sup>70</sup> GMS'nin müzakerelerinde daha önce NHS Employers görevliydi: <https://www.nhsemployers.org/pay-pensions-and-reward/primary-care-contacts> (erişim tarihi 15.04.2021).

<sup>71</sup> İngiliz Tabipleri Birliği hakkında bkz. Serin, s. 122.

<sup>72</sup> Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, ss. 120-121; 2021 yılının sözleşmesi için bkz. <https://www.bma.org.uk/pay-and-contracts/contracts#gp-contract> (erişim tarihi 15.04.2021).

doğrultuda 31 Ocak 2019 tarihinde beş yıllık çerçeve sözleşme<sup>73</sup> yayımlanmış ve her yıl söz konusu sözleşmeye güncellemeler getirilmektedir.<sup>74</sup>

Ortaklık modelinde aile hekimliği birimine, kayıtlı kişi sayısı esas alınarak belirlenen bütçe tahsis edilmektedir.<sup>75</sup> Esasen işletme giderleri ve belirli hizmetler için temel ödenek ve aile hekimliği birimine kayıtlı hastalara göre belirlenen ödenek, ilgili birime özgülenmektedir. Aile hekimliği birimlerinin gelişmiş sağlık hizmetleri için ekstra ödeme alma imkânı da bulunmaktadır.<sup>76</sup> Aile hekimliği birimlerine kalite standartlarını yükseltebilmek amacıyla ayrıca Kalite Standartları Çerçevesi (Quality and Outcomes Framework - QOF) geliştirilmiştir. 1 Nisan 2004 tarihinde Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi'nin bir parçası olarak tanıtılan QOF ile klinik bakımla ilgili belirlenen bir dizi göstergeye dayalı olarak aile hekimliği birimlerinin hastalara sundukları bakım kalitesi doğrultusunda, her birime ekstra fon sağlanmaktadır.<sup>77</sup> Ek olarak bilgi teknolojisi ve klinikte istihdam konuları için ortaklıklara finansman temin edilmektedir. Aile hekimliği birimine ortak olan aile hekimleri, giderlerin ödenmesinden sonra kalan karı paylaşmaktadırlar.<sup>78</sup> Aynı zamanda söz konusu birimlerde maaş olarak çalışan aile hekimleri de (Salaried GPs) bulunmaktadır.<sup>79</sup> Aile hekimliği birimleri hastalardan veya başka herhangi bir kişiden ücret talep etmemeli ve kendilerine teklif edilen ücreti kabul etmemelidir (Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi Yönetmeliği m.24/2).

<sup>73</sup> Sözleşme metni için bkz. <https://www.england.nhs.uk/publication/gp-contract-five-year-framework/> (erişim tarihi 15.04.2021).

<sup>74</sup> Bkz. <https://www.england.nhs.uk/gp/investment/gp-contract/> (erişim tarihi 15.04.2021); Nisan 2021'deki güncelleme için bkz. <https://www.bma.org.uk/pay-and-contracts/contracts/gp-contract/gp-contract-england-202122> (erişim tarihi 15.04.2021).

<sup>75</sup> *GP Partnership Review - Final Report*, s. 19.

<sup>76</sup> Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, ss. 120-121.

<sup>77</sup> <https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/quality-and-outcomes-framework-achievement-prevalence-and-exceptions-data/2019-20> (erişim tarihi 15.04.2021); Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 121; Boyle, The UK Health Care System, s. 2; QOF'ye katılım gönüllü olmakla birlikte en son yayımlanan QOF Raporu'na göre 2019-2020 döneminde aile hekimliği ortaklıklarının %96,2'si QOF'ye katılmıştır. Söz konusu Rapor'da ayrıca QOF'nin performans yönetim aracı değil hasta bakımını iyileştirmeyi amaçlayan teşvik şeması olduğu vurgulanmıştır: *Quality and Outcomes Framework 2019-20*, <https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/quality-and-outcomes-framework-achievement-prevalence-and-exceptions-data/2019-20> (erişim tarihi 15.04.2021), s. 7, 26.

<sup>78</sup> Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 120, 122.

<sup>79</sup> <https://www.healthcareers.nhs.uk/explore-roles/doctors/roles-doctors/general-practice-gp> (erişim tarihi 14.04.2021); Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 120; GMS Contract Yönetmeliği m.49 uyarınca aile hekimliği muayenehaneleri, maaşlı aile hekimlerini BMA tarafından yayımlanan "Bir Aile Hekimi Muayenehanesi Tarafından İstihdam Edilen Maaşlı Aile Hekimlerinin Çalışma Hüküm ve Koşulları Modeli"nde belirtilen koşullardan daha avantajlı olacak şekilde istihdam etmelidir. Söz konusu belge için bkz. <https://www.bma.org.uk/sessionalgps> (erişim tarihi 21.04.2021).

Ortaklık modelindeki aile hekimliği birimleri ortak olanların sayısına, ortakların birimin maliki veya birimde kiracı olup olmamalarına, kullandıkları teknolojiye ve hizmet ettikleri nüfusa göre çeşitlilik arz etmektedir.<sup>80</sup>

Her İngiliz vatandaşı bir aile hekimi birimine kaydolma ve aile hekimliği hizmetlerinden ücretsiz olarak yararlanma hakkına sahiptir.<sup>81</sup> Aile hekimliği birimlerine kayıtlı hastaların listeleri hazırlığından ve güncel tutulmasından Kurul sorumludur (Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi Yönetmeliği Ek 3- m.17). Aile hekimliği birimleri, listelerine kayıt olma başvurularını kabul etmekte özgür oldukları gibi (GMS Contract Yönetmeliği Ek 3- m.18/1) kabul ettikleri bir başvuruyu, en kısa sürede yazılı olarak Kurul'a bildirmelidirler (Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi Yönetmeliği Ek 3- m.18/5). Aynı şekilde bir kişi kayıtlı olduğu aile hekimliği biriminden talebi doğrultusunda ayrılabilir (Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi Yönetmeliği Ek 3- m.23), hasta şiddeti gibi istisnai durumlarda aile hekimliği birimi bir kişiyi listesinden çıkarabilir (Genel Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi Yönetmeliği Ek 3- m.24) ve her iki durumda da Kurul'a yazılı bildirim yapılmalıdır.

## C. Türkiye’de Aile Hekimliği Sistemi

### 1. Genel Olarak

Tüm dünyada olduğu gibi Türk Sosyal Güvenlik Sistemi de başta finansman olmak üzere çok ciddi ve karmaşık sorunlarla karşı karşıya geldiği için 2004 yılından itibaren “Sosyal Güvenlik Reformu” önerileri kapsamında, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde önemli değişiklikler yapılmıştır.<sup>82</sup> İlk olarak 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu<sup>83</sup> yürürlüğe girmiş; Sosyal Sigortalar Kurumu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ile Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı kaldırılarak, sosyal güvenlik sistemi Sosyal Güvenlik Kurumu bünyesinde tek çatı altında toplanmıştır. Sosyal Güvenlik Reformu doğrultusunda ikinci olarak, primli rejim sistemini birleştiren ve genel sağlık sigortası sistemini oluşturan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu<sup>84</sup> kabul edilmiştir.<sup>85</sup>

Sosyal Güvenlik Reformunun konumuz açısından özellikle önem arz eden kısmı ise aile hekimliği düzenininin oluşturulmasıdır. 5510 sayılı Kanun kabul edilmeden önce, 2004 yılında 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında

<sup>80</sup> *GP Partnership Review - Final Report*, s. 20.

<sup>81</sup> Boyle, United Kingdom (England) Health System Review, s. 231.

<sup>82</sup> Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, s. 71.

<sup>83</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun adı 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 88. maddesi ile “Sosyal Güvenlik Kurumuna İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” şeklinde değiştirilmiştir; RG. 20.05.2006, 26173.

<sup>84</sup> RG. 16.06.2006, 26200.

<sup>85</sup> Güzel/ Okur/ Caniklioğlu, ss. 71-72; Tuncay/ Ekmekçi, ss. 97-98; Ali Nazım Sözer, *Türk Genel Sağlık Sigortası*, Güncellenmiş 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 12.



Kanun<sup>86</sup> yürürlüğe girmiştir. Belirtilen düzenleme ile genel sağlık sigortasının ilk adımı atılmış ve sağlık sisteminde sağlık ocaklarının yerini aile hekimliği merkezleri almıştır.<sup>87</sup>

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un adı 663 sayılı KHK'nin<sup>88</sup> 58. maddesi ile "Aile Hekimliği Kanunu" olarak değiştirilmiştir. Aile Hekimliği Kanunu uyarınca yürürlüğe giren Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nde<sup>89</sup> (Uygulama Yönetmeliği) ve Aile Hekimliği Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nde<sup>90</sup> (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği) aile hekimliği sisteminin işleyişi ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Aile Hekimliği Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında, aile hekimi, "*kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiyeye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermeye yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Düzenlemenin 2. fıkrasında da aile sağlığı çalışanının,<sup>91</sup> aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanı olduğu ifade edilmiştir.

Sözleşmeli olarak çalıştırılan<sup>92</sup> aile hekimi ve aile sağlığı çalışanlarında aranan genel şartlar Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.5'te düzenlenmektedir. Anılan hüküm uyarınca, yukarıda da ifade edildiği üzere, aile hekimi uzmanları ile Sağlık Bakanlığı'nın öngördüğü eğitimleri alan diğer uzman tabip ve tabipler aile hekimi olabilmektedir. Sağlık meslek liseleri veya yükseköğrenim kurumlarının ebelik, hemşirelik, sağlık memurluğu (toplum sağlığı) veya acil tıp teknisyenliği bölümlerinden mezun olanlar aile sağlığı çalışanı olabilmektedir. Ek olarak, aile hekimlerinin ve aile sağlığı çalışanlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun<sup>93</sup> 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerinde<sup>94</sup> belirtilen şartları

<sup>86</sup> RG. 09.12.2004, 25665.

<sup>87</sup> Tuuç, s. 92.

<sup>88</sup> RG. 02.11.2011, 28103 M.

<sup>89</sup> 25.01.2013, 28359.

<sup>90</sup> RG. 30.06.2021, 31527.

<sup>91</sup> Aile Hekimliği Kanunu'ndaki yasal değişikliklerle, "aile sağlığı elemanı" ifadesi, "aile sağlığı çalışanı" şeklinde değiştirilmiş ve fakat söz konusu değişiklik ilgili Yönetmeliklerde gerçekleştirilmemiştir.

<sup>92</sup> Aile hekimlerinin ve aile sağlığı çalışanlarının sözleşmeli çalışmaları ile ilgili I.C.2.'de bilgi verilecektir.

<sup>93</sup> RG. 23.07.1965, 12056.

<sup>94</sup> 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerine göre devlet memurluğuna alınacaklarda, "*Kamu haklarından mahrum bulunmama; Türk Ceza Kanununun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir*



taşımaları gerekmektedir. Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nden önce 2010 yılında "Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği" yürürlüğe girmiştir ve fakat 2021 yılında, 2010 tarihli Yönetmeliğin bazı hükümlerinin değiştirilmesi suretiyle, "Aile Hekimliği Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği" adı altında yeni Yönetmelik yürürlüğe girmiş ve önceki Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>95</sup> Yeni Yönetmelik ile yapılan değişikliklerden biri de sözleşmeli çalıştırılacak aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları için 65 yaşını doldurmamış olma şartının getirilmesidir.<sup>96</sup>

## 2. Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü

Aile hekimlerinin istihdam şekilleri ve hukuki statüleri çalışmamızın açısından önem arz eden bir husus olup, konu ile ilgili mevzuat oldukça karışık niteliktedir.<sup>97</sup> Aile Hekimliği Kanunu m.3/1'e göre, "Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanı olarak çalıştırılacak sağlık personelinin, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelinin aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye veya aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarla sözleşme yapmaya yetkilidir".

Aile Hekimliği Kanunu m.3/2'ye göre, "Aile sağlığı çalışanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakatı verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelinin bu hizmetler için görevlendirilebilir. İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının

*suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar; Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmama; 53'üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmama"* şartları aranmaktadır.

<sup>95</sup> Aile Hekimliği Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği için bkz. RG. 30.12.2010, 27801.

<sup>96</sup> 65 yaşını doldurmamış olma şartı ile ilgili Yönetmeliğin anılan düzenlemesinde, Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun ek 17. maddesine atf yapılarak, aile hekimlerine istisna getirilmiştir. Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun ek 17. maddesine göre, "Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan tabip ve uzman tabipler ile 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu hükümlerine göre istihdam edilen aile hekimleri, her yıl Bakanlıkça uygun görülme şartıyla yetmiş iki yaşına kadar çalışabilir".

<sup>97</sup> Aile hekimlerinin hukuki statüleri ile ilgili doktrindeki görüşler hakkında bkz. Cengiz Dağlaraştı, *Türkiye'de Aile Hekimliği Kurumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 101 vd.

*uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere hekimleri ve aile sağlığı çalışanları altmış beş yaşına kadar çalıştırılabilir”.*

Belirtilen düzenlemeler incelendiğinde, aile hekimlerinin üç çalışma şekli olduğu anlaşılmaktadır.<sup>98</sup> İlk olarak Sağlık Bakanlığı veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan hekimlerin talebi ve kurumlarının da muvafakatiyle sözleşme temeline dayanarak; ikinci olarak Sağlık Bakanlığı'nın aile hekimliği niteliklerine sahip olan personelini görevlendirmesi suretiyle ve son olarak da kamu görevlisi olmayan ancak yukarıda kamu görevliliğine ilişkin belirtilen özellikleri haiz olan hekimlerle Sağlık Bakanlığı'nın sözleşme yapmasıyla aile hekimleri Sağlık Bakanlığı tarafından istihdam edilmektedir.<sup>99</sup> Daha açık deyişle aile hekimleri, kamu görevlisi olan veya kamu görevlisi olmayan hekimlerin Sağlık Bakanlığı ile yapılan sözleşme doğrultusunda veya sözleşme olmaksızın Sağlık Bakanlığı'nda çalışan hekimin, aile hekimliğinde görevlendirilmesi suretiyle istihdam edilmektedirler.<sup>100</sup>

Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesi irdelendiğinde, hem kamu görevlisi iken talebi doğrultusunda sözleşme ile aile hekimi olarak çalışanların hem de Sağlık Bakanlığı'nın görevlendirmesiyle aile hekimi olarak çalışanların, aile hekimliğinden önceki statülerinin memur veya sözleşmeli personel statüsü olabileceği anlaşılmaktadır.

Aile Hekimliği Kanunu'nda kamu görevlisi olup sözleşme ile çalışan aile hekimlerinin kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacağı ve bunların kadroları ile ilişkilerinin devam edeceği ifade edilmektedir. Ayrıca bu personelin, sözleşmeli statüde geçen süreleri kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirilerek her yıl işlem yapılır ve bunlar talepleri halinde eski görevlerine atanırlar. Sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve aile hekimliği statüsündeki çalışmaları hizmet sürelerinde dikkate alınır (m.3/3). Sözleşmeli olarak çalışmaya başlayan aile hekimlerinin, daha önce bağlı oldukları sosyal güvenlik kuruluşlarıyla ilişkileri aynı şekilde devam ettirilir (m.3/6).

Aile hekimlerinin hukuki statülerinin tespiti bakımından yukarıda yer verilen düzenlemeler incelendiğinde, sözleşmeli olarak çalışan aile hekimlerinin idari hizmet sözleşmesi ile çalıştığını ve dolayısıyla “diğer kamu görevlileri” kapsamındaki sözleşmeli personel statüsünde oldukları sonucuna ulaşılmaktadır.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Tuuç, s. 156.

<sup>99</sup> Tuuç, s. 156.

<sup>100</sup> Aynı yönde Sözer, Genel Sağlık Sigortasının Organizasyonu, ss. 439-440.

<sup>101</sup> Tuuç, ss. 192-193; Aynı yönde Sözer, Türk Genel Sağlık Sigortası, ss. 108-109; Dağlaraştı, s. 102, 108; “... Aile hekimi, bu kapsamda devletin görevi olan sağlık hizmetini sunmasında “organ” olarak görev yapmaktadır. Bu anlamda yapılan işin kamu hizmeti, Hekiminde kamu görevlisi olduğu açıktır...”, Yargıtay 9. HD. 09.11.2020, 17912/15317, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Sağlık Bakanlığı'nın görevlendirmesiyle sözleşme yapılmadan aile hekimi olarak çalışanlar ise kadroya bağlı çalışan devlet memuru ise kadroya, sözleşmeli personel olarak çalışmakta ise sözleşmeli personel statüsüne tabi olmaya devam etmektedir.<sup>102</sup>

Aile hekimlerinin istihdam şekilleri ve hukuki statüleri ile ilgili düzenlemeler aile sağlığı çalışanları için de geçerlidir.

### 3. Aile Hekimlerinin Çalışma Koşulları ile İlgili Genel Esaslar

Birinci basamak sağlık hizmetlerinin yürütücüsü olan aile hekimlerinin<sup>103</sup> ve aile sağlığı çalışanlarının<sup>104</sup> görevleri Uygulama Yönetmeliği'nde detaylı olarak

<sup>102</sup> Tuuç, s. 159; Aynı yönde Sözer, Türk Genel Sağlık Sigortası, ss. 108-109; Dağlaraştı, s. 118.

<sup>103</sup> Uygulama Yönetmeliği m.4/3'e göre, "Aile hekiminin Kurumca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde görev, yetki ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir. a) Çalıştığı bölgenin sağlık hizmetinin planlamasında bölgesindeki toplum sağlığı merkezi ile işbirliği yapmak. b) Hekimlik uygulaması sırasında karşılaştığı toplum ve çevre sağlığını ilgilendiren durumları bölgesinde bulunduğu toplum sağlığı merkezine bildirmek. c) Kendisine kayıtlı kişilerin ilk değerlendirmesini yapmak için altı ay içinde ev ziyaretinde bulunmak veya kişiler ile iletişime geçmek. ç) Kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve danışmanlık hizmetlerini vermek. d) Sağlıkla ilgili olarak kayıtlı kişilere rehberlik yapmak, sağlığı geliştirici ve koruyucu hizmetler ile ana çocuk sağlığı ve üreme sağlığı hizmetlerini vermek. e) Periyodik sağlık muayenesi yapmak. f) Kayıtlı kişilerin yaş, cinsiyet ve hastalık gruplarına yönelik izlem ve taramaları (kanseri, kronik hastalıklar, gebe, lohusa, yenidoğan, bebek, çocuk sağlığı, adölesan (ergen), erişkin, yaşlı sağlığı ve benzeri) yapmak. g) Evde takibi zorunlu olan engelli, yaşlı, yatalak ve benzeri durumdaki kendisine kayıtlı kişilere evde veya gezici/yerinde sağlık hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi, rehabilitasyon ve danışmanlık hizmetlerini vermek. ğ) Aile sağlığı merkezi şartlarında teşhis veya tedavisi yapılamayan hastaları sevk etmek, sevk edilen hastaların geri bildirimini yapılan muayene, tetkik, teşhis, tedavi ve yatış bilgilerini değerlendirmek, ikinci ve üçüncü basamak tedavi ve rehabilitasyon hizmetleri ile evde sağlık hizmetlerinin koordinasyonunu sağlamak. h) Tetkik hizmetlerinin verilmesini sağlamak ya da bu hizmetleri vermek. ı) Verdiği hizmetlerle ilgili olarak sağlık kayıtlarını tutmak ve gerekli bildirimleri yapmak. i) Kendisine kayıtlı kişileri yılda en az bir defa değerlendirerek sağlık kayıtlarını güncellemek. j) Gerektiğinde hastayı gözlem altına alarak tetkik ve tedavisini yapmak. k) Entegre sağlık hizmetinin sunulduğu merkezlerde gerektiğinde hastayı gözlem amaçlı yatırarak tetkik ve tedavisini yapmak. l) İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmî tabiplerce kişiyeye yönelik düzenlenmesi öngörülen her türlü sağlık raporu, sevk evrakı, reçete ve sair belgeleri düzenlemek. m) Kurumca belirlenen konularda hizmet içi eğitimlere katılmak. n) Kurumca ve ilgili mevzuat ile verilen diğer görevleri yapmak."

<sup>104</sup> Uygulama Yönetmeliği m.5/2'ye göre, "Aile sağlığı elemanının Kurumca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde görev, yetki ve sorumlulukları aşağıda belirtilmiştir. a) Kişilerin hayati bulgularını ölçmek ve kaydetmek. b) Aile hekiminin gözetiminde, talimatı verilen ilaçları uygulamak. c) Yara bakım hizmetlerini yürütmek. ç) Tıbbi alet, malzeme ve cihazların hizmete hazır bulundurulmasını sağlamak. d) Poliklinik hizmetlerine yardımcı olmak, tıbbi sekreter bulunmadığı hallerde sevk edilen hastaların sevk edildiği kurumla koordinasyonunu sağlamak. e) Gereken tetkikler için numune almak, eğitimini aldığı basit laboratuvar tetkiklerini yapmak veya aldığı numunelerin ilgili laboratuvar tarafından teslim alınmasını sağlamak. f) Gezici ve yerinde sağlık hizmetleri, sağlığı geliştirici ve koruyucu hizmetler ile ana çocuk sağlığı ve üreme sağlığı hizmetlerini vermek, evde sağlık hizmetlerinin verilmesinde aile hekimine yardımcı olmak.

düzenlenmiştir. Aile hekimleri, aile sağlığı merkezini yönetmek, birlikte çalıştığı ekibi denetlemek ve hizmet içi eğitimlerini sağlamak, Bakanlıkça ve Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca yürütülen özel sağlık programlarının gerektirdiği kişiye yönelik sağlık hizmetlerini yürütmekle yükümlüdür (m.4/1). Aile hekimleri, kendilerine kayıtlı kişileri bir bütün olarak ele alıp kişiye yönelik koruyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini bir ekip anlayışı içinde sunmalıdır (m.4/2). Aile sağlığı çalışanları da aile hekimlerinin görevlerinin yerine getirilmesinde aile hekimleri ile birlikte çalışmakla yükümlüdür (m.5/1). Aile hekimi ile aile sağlığı çalışanı ekip anlayışı içinde çalışır. Aile hekimi, birlikte çalıştığı aile sağlığı çalışanını yönlendirme ve denetleme yetkisine sahiptir (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.17).

Aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları görevlerini, çalışma süreleri haftalık kırk saatten az olmayacak şekilde Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yerine getirir (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.12). Uygulama Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre, aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları tam gün esasına göre çalışırlar. Mesai saatleri ve günleri, çalışma yerinin şartları da dikkate alınmak suretiyle çalıştığı bölgedeki kişilerin ihtiyaçlarına uygun olarak aile hekimi tarafından teklif edilir ve Halk Sağlığı Müdürlüğü'nce uygun görülmesi halinde onaylanır. Yapılacak ev ziyaretleri ve gezici/yerinde sağlık hizmetleri<sup>105</sup> çalışma süresine dâhil edilir. Aile hekimlerine ve aile sağlığı çalışanlarına ihtiyaç halinde haftalık çalışma süresi dışında nöbet görevi verilir (Aile Hekimliği Kanunu m.5/2; Uygulama Yönetmeliği m.10/4).

*g) Kurumca belirlenen hizmet içi eğitimlere katılmak. ğ) Sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında aile hekiminin verdiği diğer görevleri yerine getirmek. h) Kurumca ve ilgili mevzuat ile verilen diğer görevleri yapmak.”*

<sup>105</sup> Gezici sağlık hizmeti, aile hekimi ve/veya aile sağlığı çalışanının, Halk Sağlığı Müdürlüğü'nce tespit edilen uzak mahalle, belde, köy, mezra gibi yerleşim birimlerine, Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen usul ve esaslara göre giderek mahallinde vereceği sağlık hizmetini (Uygulama Yönetmeliği m.3/1-l); yerinde sağlık hizmeti ise aile hekimi ve/veya aile sağlığı çalışanının, Halk Sağlığı Müdürlüğü'nce tespit edilen cezaevi, çocuk ıslahevi, huzurevi, korunmaya muhtaç çocukların barındığı çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları gibi toplu yaşam alanlarına Kurumca belirlenen usul ve esaslara göre giderek, yerinde vereceği sağlık hizmetini (Uygulama Yönetmeliği m.3/1-r) ifade etmektedir. Yerinde sağlık hizmeti sunulacak yerlerde, her 100 kişi için ayda üç saatten az olmamak üzere; 750 kayıtlı kişiye kadar haftada en az bir kez, 750 ve üzeri kayıtlı kişiye ise haftada en az iki kez yerinde sağlık hizmeti verilir. Cezaevi ve çocuk ıslahevi için bu süre iki kat olarak uygulanır (Uygulama Yönetmeliği m.6/2, c.3). Aile hekimlerinin gezici sağlık hizmeti sunacakları bölgelerdeki yerleşim birimlerine bir plan dâhilinde periyodik aralıklarla ulaşmaları ve hizmet vermeleri esastır. Gezici sağlık hizmetine ilişkin planlama; coğrafi durum, iklim ve ulaşım şartları ile kendisine bağlı yerleşim birimlerinin sayısı dikkate alınarak ve gezici sağlık hizmeti sunulacak yerleşim yerine ulaşmak amacıyla yolda geçen süreler hariç olmak üzere her 100 kişi için ayda iki saatten az olmamak kaydıyla o yerleşim yerinde aile hekimi tarafından yapılır. Nüfusu 250 kişiye kadar olan yerleşim yerlerine en az ayda bir kez, 250 ile 500 kişi arasında olan yerleşim yerleri için en az ayda iki kez, nüfusu 500 ve üzeri olan yerleşim yerlerine ise en az haftada bir kez gezici sağlık hizmeti verilir. Gezici sağlık hizmeti bölgesinde Bakanlığa ait sağlık tesisi var ise bu tesisler hizmet için kullanılabilir (Uygulama Yönetmeliği m.6/3).

Sözleşmeli olarak çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları, bu görevleri dışında, bilimsel faaliyetler ve telif hakları hariç olmak üzere, mesleklerinin icrasından menfaat temin edemezler. Sanatsal ve sportif faaliyetler dışında esnaf veya tacir sayılmayı gerektiren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Herhangi bir yerde hizmet akdi ile çalışamazlar. Ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamazlar, ticarî mümessil, ticarî vekil, kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirketlerde komandite ortak olamazlar (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.15/1). Sözleşmeli olarak çalıştırılan aile hekimlerinin, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun<sup>106</sup> 12. maddesi kapsamında verilen izin dışında işyeri hekimliği yapamayacakları son değişiklikle Yönetmeliğe eklenmiştir (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.15/2). Atıf yapılan düzenlemeye göre, yöneticilik görevi bulunmayan aile hekimleri, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere işyeri hekimliği yapabilir. Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nin 15. maddesinde belirtilen bu kurallara aykırı davranış halinde aile hekimi ve aile sağlığı çalışanının sözleşmesi, fiilin kişiye tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde alınan savunma uygun görülmediği takdirde ya da süresi içinde savunma yapılmaması durumunda, il sağlık müdürü tarafından herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan sona erdirilir (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.10).

#### 4. Sözleşmenin Sona Ermesi

Sözleşmeli olarak çalıştırılan aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları ile yapılacak sözleşmeler, Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nin ekinde yer alan sözleşmelere göre düzenlenmektedir. Belirtilen sözleşmeleri Bakanlık adına imzalamaya ve sözleşmeleri sona erdirmeye il sağlık müdürü yetkilidir<sup>107</sup> (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.6/3). Sözleşmenin süresi ve dönemi iki mali yıldır (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.6/4).

Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nde yapılan son değişiklikte, Yönetmeliğe, sözleşmelerin yenilenmesi ile ilgili yeni bir düzenleme getirilmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesine göre kural olarak sözleşme süresi sonunda, aile hekimi ve aile sağlığı çalışanı olarak görevine devam etmek isteyenlerin sözleşmesi yenilenir. Bununla birlikte düzenlemenin devamında sözleşmenin yenilenmeyeceği iki duruma yer verilmektedir. İlkine göre bir sözleşme döneminde, bu Yönetmeliğin ekinde yer alan fiillerden 5 ve daha fazla kez ihtar puanı verilen veya toplamda 150 ve üzerinde ihtar puanına ulaşan aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları hakkında müdürlükçe komisyon oluşturularak değerlendirme yapılır. Değerlendirme neticesinde komisyon tarafından; yeniden sözleşme imzalanmasına veya sözleş-

<sup>106</sup> RG. 14.04.1928, 863.

<sup>107</sup> Yönetmeliğin önceki halinde sözleşmeleri Bakanlık adına imzalamaya, sona erdirmeye vali yetkiliydi. Vali, sözleşme yapma yetkisini, vali yardımcılarında birine veya halk sağlığı müdürüne devredebilmekteydi.

menin yenilenmemesine karar verilir. Aile sağlığı çalışanları için verilecek kararlarda aile hekiminin görüşü de alınır (m.7/1). İkinci olarak ise Bakanlık müfettişlerince yapılacak inceleme ve soruşturma neticesine göre aile hekimlerinin ve aile sağlığı çalışanlarının sözleşmenin yenilenmemesi kararı verilebilir (m.7/2). Sözleşmenin yenilenmemesine cevaz veren bu düzenlemeler kanaatimizce özellikle eleştiriye açık bir düzenlemedir. Zira sözleşmenin yenilenmemesi gibi ağır bir müeyyidenin yasa ile kural altına alınması gerektiği gibi ikinci durumda sadece soruşturmadan bahsedilmiş ve fakat sözleşmenin yenilenmemesine neden olacak soruşturmanın içeriği ve niteliğine ilişkin başka herhangi bir bilgiye yer verilmemiştir. Kanaatimizce kanunilik ilkesine ve hukuk tekniğine aykırı söz konusu düzenlemenin bir an önce değiştirilmesi gerekmektedir.

Sözleşmeli çalışan aile hekimlerinin ve aile sağlığı çalışanlarının sözleşmelerinin sona ermesi ile ilgili Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nin diğer düzenlemeleri incelendiğinde sözleşmenin kendiliğinden<sup>108</sup> sona erebileceği gibi sözleşmelerin, çalışan tarafından<sup>109</sup> ve Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nde belirtilen hallerde<sup>110</sup> il

<sup>108</sup> Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.8'e göre, "(1) Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimi ve aile sağlığı çalışanının sözleşmesi, aşağıdaki hallerde herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer: a) Ölüm halinde. b) Tabi olduğu mevzuata göre zorunlu olarak emekli olma yaşını doldurması halinde."

<sup>109</sup> Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.9'a göre, "(1) Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimleri veya aile sağlığı çalışanları askerlik, doğum, emeklilik ve sair sebeplerle iki ay önceden bildirmek kaydıyla sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilirler. Müdürlük, şartların uygun olması durumunda, iki aylık süreyi beklemeden sözleşmenin sona erdirilmesini kabul edebilir. Müdürlüğün sözleşmenin sona erdirilmesi talebini kabul etmemesi halinde, iki aylık süreyi doldurmadan görevden ayrılan aile hekimi ve aile sağlığı çalışanı, bir yıl süreyle sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı çalışanı olmak üzere başvuruda bulunamaz. (2) Aile sağlığı çalışanları, sözleşme imzaladığı aile hekiminin görevinden ayrılması veya yer değiştirmesi durumunda, bu sebeple sözleşmesini sona erdirmek istemesi durumunda birinci fıkranın üçüncü cümlesi hükümü uygulanmaz."

<sup>110</sup> Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nin "Sözleşmenin feshi" başlıklı 10. maddesine göre, "(1) Sözleşmeyle çalıştırılan aile hekimi ve aile sağlığı çalışanının; a) 657 sayılı Kanunun 48'inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerinde yer alan şartlar ile bu Yönetmelikte belirtilen şartları taşınmadığının veya bu şartların sonradan kaybedilmiş olduğunun tespit edilmesi, b) 15'inci maddede belirtilen faaliyetlerde bulunulduğunun tespit edilmesi, c) Kurumundan aylıksız veya ücretsiz izinli sayılanlardan, haklarında yüksek disiplin kurullarınca verilen devlet memurluğundan çıkarma cezasına veya sözleşmesinin sona erdirilmesine dair kararın ilgili müdürlüğe bildirilmesi, ç) Çalışanın kadrosu veya pozisyonundan istifa etmesi, d) Mücbir sebepler hariç, özürsüz ve kesintisiz olarak on gün görev başında bulunmadığının tespit edilmesi, e) Sağlık sebebiyle yüz seksen günü aşan süreyle görevini ifa edememesi, f) Eczane veya medikal firmaları, beşeri ilaç firmaları veya özel sağlık kuruluşları gibi mesleği ile ilgili alanlarda faaliyet gösteren gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerinin temsilcileri ile etik dışı haksız çıkar ilişkisinde bulunulduğunun tespit edilmesi, g) Menfaat karşılığında gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlendiğinin tespit edilmesi, ğ) 657 sayılı Kanunun 125'inci maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinde yer alan fil ve hallerin işlendiğinin tespit edilmesi, h) Gözaltına alınma, tutuklanma, hükümlülük veya 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında uzaklaştırma kararı verilmesi nedeniyle görevi başında



bulunamama süresinin sekiz haftayı aşması, 1) Görevi başında bulunduğu halde entegre sağlık hizmetlerinde mazeretli olup olmadığına bakılmaksızın beş nöbet görevini yerine getirmediğinin/ getiremediğinin tespit edilmesi, hallerinde bu durum, aile hekimi veya aile sağlığı çalışanına tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren savunma yapmak üzere yedi gün süre verilir. Yapılan savunmalar uygun görülmediği takdirde veya süresi içinde savunma yapılmaması durumunda, aile hekimi ve aile sağlığı çalışanın sözleşmesi, il sağlık müdürü tarafından başkaca herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan sona erdirilir. (2) Birinci fıkranın; a) (a), (c), (f), (g) ve (ğ) bentlerine göre sözleşmesi sona erdirilenler; beş yıl süreyle, b) (b), (ç) (d) ve (ı) bentlerine göre sözleşmesi sona erdirilenler; bir yıl süreyle, c) (e) bendine göre sözleşmesi sona erdirilenler; sağlık durumunun görevin sürekli ifasına engel olmadığına dair sağlık kurulu raporu ibraz edilinceye kadar; sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı çalışanı olmak üzere başvuruda bulunamaz. (3) Birinci fıkranın (f), (g) ve (ğ) bentlerine münhasır olmak üzere, aile hekimliği hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülen aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları, Sağlık Bakanı, İl Sağlık Müdürü, Bakanlık Müfettişi tarafından, sözleşmeleri askıya alınmak suretiyle iki aya kadar görevden uzaklaştırılabilir. İhtiyaç halinde ve gerekmesi durumunda bu süre bir defaya mahsus olmak üzere iki ay daha uzatılabilir. Bu süre içinde tamamlanacak idari soruşturma neticesinde ilgililerin anılan bentlerde yer alan fiilleri işledikleri sabit görülür ise sözleşmeleri sona erdirilir, aksi halde ilgililer görevlerine iade edilir. (4) 7179 sayılı Kanuna istinaden bedelli askerlik yapmak üzere ayrılmak isteyen sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı çalışanın sözleşmesi feshedilir. Pozisyonlarının korunması talebinde bulunarak sözleşmesi feshedilenler hakkında 7'nci maddenin dördüncü fıkrası hükümleri uygulanır. (5) Aile hekimine kayıtlı kişi sayısının aralıksız üç ay süreyle bin kişinin altına düşmesi halinde bu durum, aile hekimi ve/veya aile sağlığı çalışanına tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren savunma yapmak üzere yedi gün süre verilir. Yapılan savunmalar uygun görülmediği takdirde veya süresi içinde savunma yapılmaması durumunda, aile hekimi ve aile sağlığı çalışanın sözleşmesi, il sağlık müdürü tarafından başkaca herhangi bir ihbar veya ikaza gerek duyulmadan sona erdirilir. Ancak; a) Bakanlıkça bölgede çalışan aile hekimi sayısında değişiklik yapılması nedeniyle ihtiyaç duyulması halinde sözleşme yapılan aile hekimi hakkında, b) Aile hekimine kayıtlı kişi sayısının aralıksız üç ay süreyle bin kişinin altında seyretmesi nedeniyle sözleşmesi sona erdirilen aile hekimi yerine sözleşme yapılan aile hekimi hakkında, birinci cümle hükmü sözleşme tarihini takip eden birinci yılın sonundan itibaren uygulanır. (6) Bu maddede yer alan fiillerin işlendiğinin sözleşme döneminden sonra öğrenilmesi veya sözleşme döneminde öğrenilse dahi başlatılan soruşturmanın ilgili sözleşme döneminden sonra aile hekimi veya aile sağlığı çalışanın aleyhine sonuçlanması durumunda mevcut sözleşme sona erdirilir. (7) Bu maddede yer alan fiillerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde gerekli işlemin başlatılarak, takip eden altı ay içerisinde sonuçlandırılması esastır. Belirtilen fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde sözleşme feshedilmediği takdirde fesih yetkisi zaman aşımına uğrar.”

Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nin “Sözleşmenin ihtaren sona erdirilmesi” başlıklı 11. maddesine göre, “(1) Bu Yönetmeliğin eki (EK-3 AİLE HEKİMLİĞİ UYGULAMASINDA UYGULANACAK İHTAR PUANI CETVELİ)’nde yer alan fiilleri işlediği tespit edilen sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı çalışanına; a) Müdürlüğün halk sağlığı hizmetlerinden sorumlu başkanınca, b) Tespitin Bakanlık tarafından yapılması halinde Bakanlıkça, yazılı ihtar yapılır. (2) Sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı çalışanına, ihtarın tebliğinden itibaren savunma yapması için yedi gün süre verilir. Yapılan savunmalar uygun görülmediği takdirde veya süresi içinde savunma yapılmaması durumunda ihtar puanı verilir. Bir sözleşme dönemi içerisinde herhangi bir fiilin ikinci ve devam eden ihlallerinde, ihtar puanı iki kat olarak uygulanır. (3) İhtar puanının kendisine tebliğ edilen ilgili aile hekimi ve aile sağlığı çalışanı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde; a) Müdürlüğün halk sağlığı hizmetlerinden sorumlu başkanının verdiği ihtar puanına karşı, il sağlık müdürüne, b) Bakanlığın verdiği ihtar karşı Bakan



sağlık müdürü tarafından sona erdirilebileceği anlaşılmaktadır. Yukarıda sözleşmenin yenilenmemesi ile ilgili ileri sürdüğümüz eleştiriler, esasen Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nin sözleşmenin sona ermesine ilişkin diğer hükümleri için de geçerlidir.

## 5. Aile Sağlığı Merkezi

Bir aile hekimi ile en az bir aile sağlığı çalışanından oluşan yapı, aile hekimliği birimi olarak tanımlanmaktadır (Uygulama Yönetmeliği m.3/1-b, Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği, m.4/1-b). Aile sağlığı merkezi ise bir veya birden fazla aile hekimi ile aile sağlığı elemanlarınca aile hekimliği hizmetinin verildiği sağlık kuruluşunu ifade etmektedir (Uygulama Yönetmeliği m.3/1-ç, Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği, m.4/1-ç). Aile sağlığı merkezi, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu tarafından öngörülen nüfus kriterleri esas alınmak suretiyle sözleşme yapmış bir ya da daha fazla aile hekimi tarafından açılabilen (Uygulama Yönetmeliği m.22/1) ve Uygulama Yönetmeliği'nde bir aile sağlığı merkezinde olması gereken fiziki şartlar<sup>111</sup> ve teknik donanım<sup>112</sup> hakkında detaylı düzenlemeler yer almaktadır.

Aile sağlığı merkezlerinin oluşturulması ile ilgili olarak Aile Hekimliği Kanunu m.4'e göre, "Hazine, belediye veya il özel idaresine ait taşınmazlardan aile sağlığı merkezi olarak kullanılması uygun görülenler, Maliye Bakanlığı, belediye veya il özel idarelerince bu amaçla kullanılmak üzere doğrudan aile hekimine kiraya verilebilir".<sup>113</sup> Konu ile ilgili bir diğer düzenlemeye göre de aile hekimle-

*Yardımcısına, itirazda bulunabilir. İtiraz mercileri otuz gün içinde itirazı inceleyerek karara bağlar ve karar ilgisine yazılı olarak bildirilir. (4) Bakanlıkça yapılan ihtarlar ve sonuçları, işlem yapılmak üzere ilgili müdürlüğe bildirilir. (5) Bir sözleşme dönemi içinde verilen ihtar puanlarının iki yüz puana ulaşması halinde sözleşme, il sağlık müdürü tarafından sona erdirilir. (6) Mali yıl başladıktan sonra sözleşme imzalanarak göreve başlayan aile hekimi ve aile sağlığı çalışanının, sözleşme dönemi sonuna kadar kalan sürenin iki yıllık çalışma süresine oranının, iki yüz puan ile çarpılmasıyla bulunacak puana ulaşması halinde de sözleşme, il sağlık müdürü tarafından ihtaren sona erdirilir. Hesaplamalarda kesirler tama iblağ edilir. (7) Bu madde hükümleri gereğince sözleşmesi ihtaren sona erdirilen aile hekimi ve aile sağlığı çalışanı, bir yıl süreyle sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı çalışanı olmak üzere başvuruda bulunamaz. (8) Bir sözleşme dönemi içinde ihtar puanlarının iki yüz puana ulaştığının, sözleşme dönemi sona erdikten sonra tespit edilmesi halinde, tespit tarihinde geçerli olan sözleşme sona erdirilir. (9) İhtarı gerektiren fiilin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde gerekli işlemler başlatılarak, takip eden altı ay içerisinde sonuçlandırılması esastır. İhtarı gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde ihtar puanı verilmemesi halinde ihtar puanı verme yetkisi zamanaşımına uğrar."*

<sup>111</sup> Bkz. Uygulama Yönetmeliği m.23.

<sup>112</sup> Bkz. Uygulama Yönetmeliği m.24.

<sup>113</sup> Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'nin "Kiralama" başlıklı 27. maddesine göre, "(1) Bakanlığa tahsisli veya Bakanlığın kullanımındaki taşınmazlardan müdürlükçe uygun görülenler, aile hekimliği birimi olarak kullanmak üzere aile hekimlerine kiralanabilir. (2) Kira bedeli; yerleşim yeri, çalışan aile hekimi sayısı, aile hekimliği birimi gruplandırma sınıfı, bölgesel satın alma gücü paritesi, binanın yaşı, bina rayiç bedeli, kiralamaya tabi alan gibi kriterler dikkate alınarak

ri, Uygulama Yönetmeliği'ndeki asgari fiziki şartları haiz, öncelikle Sağlık Bakanlığı, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu veya bağlı kuruluşlara ait sağlık hizmeti vermek amacıyla yapılan veya Halk Sağlığı Müdürlüğü'nce bu amaçla kiralanılan binalarda hizmet verirler. Bu imkânın sağlanamaması halinde müdürlüğün onayı ile uygun standartlara sahip bölgedeki diğer mekânlarda da hizmet verebilirler (Uygulama Yönetmeliği m.25/1). Belirtilen düzenlemeler doğrultusunda aile sağlığı merkezlerinin, kamuya ait taşınmazın, kamuya ait taşınmaz bulunmaması doğrultusunda kamuya ait olmayan ve fakat standartlara uygun bir taşınmazın aile hekimi tarafından kiralanması suretiyle oluşturulacağı anlaşılmaktadır. Aile sağlığı merkezinin kira, elektrik, su, yakıt, telefon, internet, bilgi-işlem, temizlik, büro malzemeleri, küçük onarım, danışmanlık, sekreteryaya, iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri ve tıbbi sarf malzemeleri gibi giderleri için aile hekimlerine ödeme yapılmaktadır (Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.18/2-c)<sup>114</sup> ve aile hekimleri söz konusu giderlerin ödenmesinden sorumludur.<sup>115</sup>

Uygulama Yönetmeliği Ek-1'de yer alan tablodaki şartları haiz olma durumlarına göre aile sağlığı merkezleri, A-B-C-D grubu şeklinde sınıflandırılmıştır. Söz konusu gruplandırma esas alınarak Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği'ndeki oranlama doğrultusunda aile hekimlerine ek ödeme yapılmaktadır.<sup>116</sup>

*belirlenir. Kiralama ve tahsilata ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir. (3) Bakanlığa tahsisli veya Bakanlığın kullanımındaki taşınmazlarda hizmet vermek üzere yerleştirilen aile hekimlerince kiralama sözleşmesi imzalanmadan hizmet sözleşmesi imzalanamaz. (4) 18'inci maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin (8) numaralı alt bendi çerçevesinde Müdürlükçe oluşturulan aile sağlığı merkezlerinin kira ödemeleri, aile hekimlerinin aile sağlığı merkezi gider ödemesinden kesilecek müdürlükçe yapılır. Ancak aile hekiminden kesilecek kira bedeli, il genelinde bir önceki yıl haziran ayında kamu binalarında görev yapan aile hekimlerinin ödediği ortalama kira bedelinin iki buçuk katından fazla olamaz. Bu yerlerde görev yapacak aile hekimleri ile müdürlük arasında alt kira/kullanım sözleşmesi yapılır.”*

<sup>114</sup> Ödeme ve Sözleşme Yönetmeliği'nin 18. maddesine göre, aile hekimlerine, kendilerine kayıtlı kişi sayısına göre hesaplanan ücret, sosyoekonomik gelişmişlik düzeyi ücreti ve aile sağlığı merkezi giderleri kalemlerinden oluşan tutarda ödeme yapılır.

<sup>115</sup> “... Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkındaki Yönetmelik de dikkate alındığında aile hekimlerinin sağlık merkezini kendilerinin kiralayacakları, elektrik, su, yakıt gibi giderleri kendileri karşılayacakları, temizlik, büro malzemeleri gibi giderlerin kendileri tarafından karşılanacağı, ancak Sağlık Bakanlığının her ay bunlar için ücret ödeyeceği düzenlemesine göre aile hekiminin tüm giderlerden kendisinin sorumlu olduğu...”, Yargıtay 10. HD. 30.01.2015, 26061/1668, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

<sup>116</sup> Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.18/2, c-3'e göre, “... her aile hekimine ayrıca yukarıdaki tutara ek olarak her ay, Bakanlıkça belirlenen aile hekimliği birimleri gruplandırmasına göre tavan ücretin;

i) D grubu aile hekimliği birimleri için tavan ücretin %10'u,

ii) C grubu aile hekimliği birimleri için tavan ücretin %20'si,

iii) B grubu aile hekimliği birimleri için tavan ücretin %35'i,

iv) A grubu aile hekimliği birimleri için tavan ücretin %50'si, oranı kadar ödeme yapılır.”

Aile sağlığı merkezinde birden çok aile hekimi hizmet veriyor ise, aile hekimleri kendi aralarında bir yönetim planı oluşturarak yönetici belirler ve yönetici ismini müdürlüğe bildirirler. Yönetici seçimi zorunlu haller dışında yılda bir kez yapılır. Yönetim tarafından alınan kararlar karar defterine işlenir. Yönetici, aile sağlığı Merkezinin işletilmesinden birinci derecede sorumlu olduğu gibi bu Merkezin müdürlük ve toplum sağlığı merkezi ile koordinasyonunu sağlamakla da görevlidir.<sup>117</sup> Yöneticinin diğer aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları üzerinde herhangi bir idari görev ve sorumluluğu bulunmaz (Uygulama Yönetmeliği m.26).

Aile hekimliği sistemi nezdinde İngiltere sağlık sistemi irdelendiğinde, Türkiye’deki “aile sağlığı merkezleri” ile İngiltere’deki “aile hekimliği birimlerinin” işleyiş bakımından önemli benzerlikleri olduğu fark edilmektedir. İngiltere’de de aile hekimliği birimlerinin kiralanmasından ve yönetiminden birimdeki aile hekimleri sorumludur. Aile hekimliği birimlerine aile sağlığı merkezlerinde olduğu üzere, kayıtlı kişi sayısı esas alınarak ve genel olarak işletme giderleri için bütçe tahsis edilmektedir. Yine aile hekimliği birimlerinin, aile sağlığı merkezlerindeki gruplandırma sistemindeki gibi gelişmiş sağlık hizmetleri için ekstra ödeme alma imkânı bulunmaktadır. Daha açık deyişle Türk hukukunda da İngiliz hukukunda da aile hekimlerine, bağımsız çalışmaya dair sorumluluklar yüklenmektedir. Bununla birlikte aile hekimliği birimlerinin, yukarıda da ifade edildiği üzere, bağımsız işletmeler olduğu kabul edilmektedir. Ülkemizdeki aile hekimliği sisteminde ise her ne kadar doktrinde farklı görüşler olsa da aile hekimleri kamu görevlisidir ve aile sağlığı merkezleri de kamu kurumudur. Bu noktada aile hekimliği birimleri ile aile sağlığı merkezleri ayrılmaktadır.

## II. AİLE HEKİMİNİN İŞVEREN SIFATI

Aile sağlığı merkezini yönetmekle görevli olan aile hekimlerine, aile sağlığı merkezinde işçi çalıştırma yetkisi verilmiştir. Şöyle ki Uygulama Yönetmeliği Ek-1’de yer alan tabloya göre, A-B-C-D grubu aile sağlığı merkezlerinde haftalık asgari 10 saat temizlik personeli çalıştırılmalıdır. Söz konusu tabloya göre, B-C grubu aile sağlığı merkezlerinde ebe, hemşire, acil tıp teknisyeni, sağlık memuru (toplum sağlığı) veya tıbbi sekreterden birisi aile hekimi başına haftalık on saat, A grubu aile sağlığı merkezlerinde ise aile hekimi başına haftalık yirmi saat çalıştırılmalıdır. Uygulama Yönetmeliği’nin belirtilen düzenlemeleri incelendiğinde, aile sağlığı merkezlerinde sağlık hizmetlerinin ve diğer hizmetlerin ifası için ek personel çalıştırılması gerektiği anlaşılmaktadır. Söz konusu personel grubu, aile sağlığı çalışanlarına ek olarak istihdam edilmesi gereken aile sağlığı Merkezinin diğer çalışanlarıdır. Aile sağlığı çalışanları idari sözleşme ile çalışır iken aile sağlığı Merkezinin diğer çalışanları iş sözleşmesi ile çalışmaktadır.<sup>118</sup>

<sup>117</sup> İngiltere’deki aile sağlığı birimlerinde de CCG ile aile hekimliği biriminin iletişimde, birimi temsil etmek üzere bir aile hekimi görevlendirilmektedir.

<sup>118</sup> Dağlaraştı, s. 100.

Aile sağlığı merkezinin diğer çalışanlarının istihdamı ile ilgili olarak Aile Hekimliği Kanunu m.3/11'e göre, "*Aile hekimleri ferden veya müştereken personel çalıştırabilir ve işveren olabilir*". Uygulama Yönetmeliği m.22/3'e göre, "*Aile hekimleri, sağlık hizmetlerine yardımcı olmak amacıyla ebe, hemşire, sağlık memuru, tıbbi sekreter gibi ilave sağlık hizmetleri personeli ile güvenlik, temizlik, kalorifer, sekreteryaya ve benzeri hizmetler için ferden veya müştereken personel çalıştırabilir ya da hizmet satın alabilirler*". Anılan düzenlemeler doğrultusunda aile sağlığı merkezinin diğer çalışanlarının işverenin, aile hekimi olacağı sonucuna varılmaktadır. Uygulama Yönetmeliği'nde aile hekimlerine, aile sağlığı merkezinin diğer çalışanlarının yapacağı işle ilgili hizmet satın alabilme yetkisi de verilmiştir. Hizmet satın alma ifadesi ile alt işverenlik ilişkisi kast edilmektedir.<sup>119</sup> Daha açık deyişle aile hekimleri, diğer çalışanları doğrudan istihdam etmek yerine diğer çalışanların çalışma alanı için alt işveren ilişkisi de kurabileceklerdir. Bu yetkinin, Aile Hekimliği Kanunu'nda değil de Uygulama Yönetmeliği'nde kural altına alınması kanaatimizce eleştiriye açık bir husustur.

Kamu görevlisi olan aile hekimlerinin işveren olup olmaması hususu dikkat çekici bir konu olup, çalışmamızın ikinci kısmını oluşturmaktadır. Yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler, özellikle Aile Hekimliği Kanunu'na 2018 yılında eklenen aile hekimlerinin işveren olabileceğine ilişkin açık kural nezdinde irdeleme yapıldığında, aile hekimlerinin işveren sıfatını haiz olacağı sonucuna varılmaktadır. Bu sonuç doğrultusunda aile sağlığı merkezlerinde istihdam edilmesi gereken diğer çalışanlar ile iş ilişkisinin kurulması, iş ilişkisinin sürdürülmesi ve sona erdirilmesi konularında aile hekimleri işveren tarafı olarak hareket etmektedir. Diğer çalışanların ücreti, Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.18/2-c uyarınca aile hekimlerine verilen aile sağlığı merkezi giderleri ödemesinden karşılanmak üzere aile hekimleri tarafından ödenmektedir. Yine diğer çalışanların sosyal güvenlik bildirimleri aile hekimleri tarafından yapılmaktadır.

Bununla birlikte aile sağlığı merkezinde çalışan işçiler tarafından açılan davalar neticesinde Yargıtay daireleri arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmış bulunmaktadır. Şöyle ki işçilerin aile sağlığı merkezinde çalıştıkları dönem için açtıkları hizmet tespit davalarında, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi aile hekimlerinin işveren sıfatını haiz olduğunu kabul etmekte iken,<sup>120</sup> yine bu işçilerin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı vb. alacak kalemleri için açılan davalarda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi aile hekimini işveren vekili, Sağlık Bakanlığı'nı işveren olarak kabul etmektedir.<sup>121</sup> Aile hekimine Kanun'da açıkça işveren sıfatı yüklenmiş olmakla

<sup>119</sup> Dağlaraştı, s. 180.

<sup>120</sup> Yargıtay 10. HD. 30.01.2015, 26061/1668, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde Yargıtay 10. HD. 20.10.2014, 14785/20017, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

<sup>121</sup> Yargıtay 9. HD. 27.09.2018, 7550/16826, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde Yargıtay 9. HD. 09.11.2020, 17912/15317, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

birlikte iş ilişkisinin somut özellikleri nezdinde değerlendirme yapıldığında da aynı sonuca varılıp varılamayacağı hususunu değerlendirmek gerekmektedir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'ne göre, "... aile hekimlerinin sağlık merkezini kendilerinin kiralayacakları, elektrik, su, yakıt gibi giderleri kendileri karşılayacakları, temizlik, büro malzemeleri gibi giderlerin kendileri tarafından karşılanacağı, ancak Sağlık Bakanlığının her ay bunlar için ücret ödeyeceği düzenlemesine göre aile hekiminin tüm giderlerden kendisinin sorumlu olduğu, aile hekiminin temizlik elemanı, sekreter gibi kişileri çalıştırması halinde bununla ilgili giderlerin de kendisi tarafından karşılanmasının gerektiği, bu nedenle aile hekiminin çalıştıracağı işçi açısından işveren sıfatına haiz olacağı anlaşılmaktadır..."<sup>122</sup> 10. Hukuk Dairesi'nin gerekçesi irdelendiğinde, mevzuatta aile hekimine yüklenen sorumluluk dikkate alınarak söz konusu sonuca ulaşıldığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise aile hekimi ile işçi arasındaki hukuki ilişkinin somut özellikleri nezdinde değerlendirme yapmıştır. Buna göre, "... işveren olmadı; \* İş sözleşmesini kimin düzenlediği, kimin işe aldığı ve iş sözleşmesini sona erdirdiği, \* Ücretin kim tarafından ödendiği, \* İş görme ediminin kime karşı yerine getirildiği, kimin işinin yapıldığı, \* Çalışma koşullarını kimin belirlediği ve bu anlamda kime bağımlı olarak çalıştığı önemlidir. İşverenin kayden başka bir gerçek ya da tüzel kişi olarak görünmesi, ona işveren sıfatı vermez. Diğer taraftan işçi açısından bir işyeri veya işletmenin bağımsız işveren sıfatından söz edilebilmesi için; \*\* Hukuki ve ekonomik açıdan bağımsız olması, bu konuda karar mekanizmasının kendinde bulunması, \*\* En önemlisi de bağımsız bir organizasyona sahip olması gerekir... Yasal mevzuat hükümleri dikkate alındığında, aile hekimliği ve aile sağlık elemanları için önce sözleşme, sonra faaliyetin gösterileceği uygun bir yerin (işyeri) oluşturulması ve düzenlenmesi gerekecektir. Sözleşme, çalışma şartları, çalışacakların nitelikleri ve ücretleri yukarıda belirtilen ve ... tarafından uygulanan mevzuat hükümleri ile belirlenmiştir. Aile Hekimliğine dönüştürülen ya da yeni kurulan işyerinin 4857 sayılı İş Kanunu ve 5510 sayılı kanun kapsamında bir işyeri olduğu açıktır. Ancak bu işyerinin sözleşme imzalanan aile hekimine mi, yoksa yasal koşullarını belirleyen Bakanlığa mı ait olacağı çözülmesi gereken bir sorundur... İş hukuku ve 4857 sayılı İş Kanunu yönünden değerlendirmede ise; ilgili hükümler değerlendirildiğinde bu işyerinde çalışan aile sağlık elemanları, sevk ve idare yönünden aile hekimlerine bağlı olmakla birlikte çalışma koşullarının Bakanlık tarafından belirlendiği, ücretlerini aile hekimlerinden değil, aile hekimi gibi sağlık müdürlerinin onayı ile devletten aldıkları, bu anlamda aile hekiminin işveren vekili konumunda kaldığı, işveren olan ...'nın temsilcisi konumunda olduğu kabul edilmelidir... Aile hekimi ise işveren vekili konumunda kaldığından söz konusu alacaklardan şahsen sorumlu değildir..."<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Yargıtay 10. HD. 30.01.2015, 26061/1668, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

<sup>123</sup> Yargıtay 9. HD. 27.09.2018, 7550/16826, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Yargıtay'ın ilgili dairelerinin görüş ayrılığını belirttikten sonra konu ile ilgili değerlendirmeye geçmeden önce iş hukukunda işveren tanımına ve işverenlikten bahsedebilmek için gerekli unsurlara kısaca yer vermekte fayda görmekteyiz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>124</sup> 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Bir iş sözleşmesine dayanarak ... işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren ... denir”. Kanun'da işveren tanımı, işçi tanımındaki gibi “iş sözleşmesine dayanarak” esasına bağlanmak suretiyle yapılmıştır.<sup>125</sup> İş sözleşmesi bir kişinin işçi sıfatını belirli kıldığı gibi sözleşmenin diğer tarafı olan işveren sıfatını da belirli kılmaktadır.<sup>126</sup>

İşveren gerçek kişi olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişisi, kamu hukuku tüzel kişisi veya tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar da olabilir.<sup>127</sup> Bir işyerinin maliki olmak ya da o işyerinde kiracı olmak işveren sıfatını etkilemediği gibi bir işyerinde alt işveren olarak faaliyette bulunmak da işveren sıfatını etkilememektedir.<sup>128</sup>

İş sözleşmesi iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşan bir sözleşmedir. Diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak iş sözleşmesinin özünde otorite ilişkisinin bulunması ve işçinin kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru olan işgücünün işverenin yararlanmasına sunulması sebebiyle bağımlılık unsurunu, ekonomik veya teknik bağımlılık olarak değil kişisel/hukuki bağımlılık şeklinde anlamak uygun düşmektedir.<sup>129</sup> İşçinin işverene söz konusu kişisel/hukuki bağımlılığının sonucu olarak işveren iş görme ediminin alacaklısıdır ve işçiye emir ve

<sup>124</sup> RG. 22.05.2003, 25134.

<sup>125</sup> Nuri Çelik/ Nurşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat/ Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 94, 105.

<sup>126</sup> E. Murat Engin, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren*, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul, 1993, s. 33; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, 2021, s. 148; Sarper Süzek, ‘*Türk İş Hukukunda İşveren*’, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Sayı: 17, Yıl: 2010, İstanbul, s. 17; 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu'na (Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun) göre de bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran kişiler işveren sayılırlar. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda da işverenin, İş Kanunu'nda tanımlandığı gibi olduğu ifade edilerek İş Kanunu ile aynı içerikte tanım yapılmıştır. Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun'da işveren adına işletmenin bütününe yönetenlerin işveren vekili olduğu (m.2/1-e) ve işveren vekillerinin, 6356 sayılı Kanunun uygulanması bakımından işveren sayıldığı belirtilmiştir (m.2/2). Bkz. Engin, ss. 33-36; Süzek, *İş Hukuku*, ss. 148-149; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 106; Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 40; Süzek, *Türk İş Hukukunda İşveren*, ss. 17-18.

<sup>127</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 148; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 105; Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 61; Süzek, *Türk İş Hukukunda İşveren*, s. 17; Engin, ss. 32-33; Ercan Akyiğit, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 60.

<sup>128</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 148; Süzek, *Türk İş Hukukunda İşveren*, s. 17; Aynı yönde Engin, ss. 33-34; Akyiğit, s. 60.

<sup>129</sup> Süzek, *İş Hukuku*, s. 235; Bkz. Engin, s. 59 vd.



talimat verme yetkisine sahip olan kişidir.<sup>130</sup> İşveren kanun, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmamak üzere işçiyi çalıştırmak üzere talimat verme ve işçilerin davranışlarını düzenleyebilme hakkı olan yönetim hakkını haizdir.<sup>131</sup>

Yukarıda verilen bilgiler ışığında işveren sıfatına sahip olabilmek için gereken unsurları iki başlık altında toplayabiliriz. İlk unsur iş sözleşmesinin tarafı olmaktır, bir başka deyişle işveren olabilmek için iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştırmak gerekmektedir. İkinci unsur ise işverenin iş görülmesini isteme hakkı ve buna bağlı olarak en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olmasıdır.<sup>132</sup> Yönetim hakkının kullanılması taraflar arasında iş sözleşmesinin mevcut olup olmaması ve dolayısıyla işveren sıfatının bulunup bulunmadığı ile ilgili etkin ve önemli bir kıstastır.<sup>133</sup>

İşveren niteliğini haiz olabilmek için gerekli olan unsurlara genel olarak değindikten sonra somut olay özelinde irdeleme yapılacak olur isek ilk olarak, aile hekimlerinin iş sözleşmesinin tarafı olma unsurunu sağladığını söyleyebiliriz. Aile sağlığı merkezinde çalışacak işçilerin belirlenmesi ve onlarla iş ilişkisinin kurulması noktasında aile hekimleri serbesttir, aynı şekilde aile hekimleri iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde de yetkilidirler. Daha açık ifade etmek gerekirse, aile sağlığı merkezinde çalıştırılması gereken işçilerin görev alanları ve haftalık çalışma süreleri ile ilgili her ne kadar ilgili Yönetmelik'te detaylar belirlenmiş olsa da o işi göreceğ işçinin belirlenmesi, iş ilişkisinin kurulması ve sonlandırılması ile ilgili takdir hakkı aile hekimindedir. Bununla birlikte iş sözleşmesinin ücret unsuru ile ilgili özel bir durum bulunmaktadır. Söz konusu işçilerin ücretleri, Sağlık Bakanlığı'nın aile sağlığı merkezi gideri olarak aile hekimlerine tahsis ettiği tutardan aile hekimi tarafından ödenmektedir. Her ne kadar 10. Hukuk Dairesi sorumluluğunun aile hekiminde olmasına vurgu yaparak bu durumun aile hekiminin işveren sıfatını etkilemediği sonucuna ulaşmış olsa da kanaatimizce bu özel duruma aşağıda değineceğimiz işverenin bağımsızlığı açısından dikkat edilmesi gerekmektedir.

İkinci olarak işverenin iş görülmesini isteme hakkı ve en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olma bakımından inceleme yapmak gerekmekte-

<sup>130</sup> Süzek, İş Hukuku, s. 149; Aynı yönde Akyiğit, s. 108; "... İş sözleşmesini belirleyen kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır. Gerçek anlamda hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlara uyma yükümlülüğünü üstlenmesi ile doğar. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. İşçinin bu anlamda işveren karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. Bu anlamda işveren ile işçi arasında hiyerarşik bir bağ vardır. İş sözleşmesine dayandığı için hukuki, işçiyi kişisel olarak işveren bağladığı için kişisel bağımlılık söz konusudur..."", Yarg. 9. HD. 25.03.2010, 1023/8014, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

<sup>131</sup> Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 284; Süzek, İş Hukuku, s. 85; Engin, s. 69.

<sup>132</sup> Engin, s. 40.

<sup>133</sup> Engin, s. 70.



dir. Aile hekimleri aile sağlığı merkezinin diğer çalışanlarından işin görülmesini isteme hakkını haiz olmakla birlikte aile hekimlerinin en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olup olmadığı kanaatimizce dikkat edilmesi gereken bir meseledir. Şöyle ki işveren sıfatına sahip olabilmek için işveren, kendi ad ve hesabına işçi çalıştırmalıdır,<sup>134</sup> Yargıtay'ın 9. Hukuk Dairesi'nin gerekçesinde de ifade edilen işverenin "... Hukuki ve ekonomik açıdan bağımsız olması, bu konuda karar mekanizmasının kendinde bulunması, \*\* En önemlisi de bağımsız bir organizasyona sahip olması..." gereği, işverenin en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisine sahip olması, yönetim hakkını tam olarak haiz olmasıyla doğrudan ilgilidir. Aile hekimleri ise bu noktada bu unsuru kanaatimizce karşılamamaktadırlar. Zira işçilerin çalışma koşulları ile ilgili serbest olunmadığı gibi işçilerin ücretleri ile ilgili özel durum ve mevzuatta belirlenen aralıklarla Bakanlık denetimine<sup>135</sup> tabi olunması hususları bir arada düşünüldüğünde, aile hekimlerinin bağımsız bir yönetim hakkına sahip olmadıkları sonucuna varmaktayız. İşverenin kendi ad ve hesabına işçi çalıştırması ve işverenin en üst düzeyde emir ve talimat verme yetkisinin bulunması gereği karşısında aile hekimlerinin işveren sıfatına sahip olabilmek bakımından gerekli unsurları karşılamamaları sebebiyle işveren sıfatını değil, işveren vekili sıfatını haiz olduğu şeklindeki 9. Hukuk Dairesi kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada, çalışmamızda işleyiş bakımından önemli benzerlikler bulunması hasebiyle incelediğimiz İngiltere'deki aile hekimliği birimlerinde de iş sözleşmesi ile çalışan personelin bulunduğu

<sup>134</sup> Engin, s. 40.

<sup>135</sup> Aile Hekimliği Kanunu m.6, c.1'e göre, "Aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tâbidir". Uygulama Yönetmeliği m.33'e göre "(1) Aile sağlığı merkezi, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Kurum, ilgili mülki idare amirleri ve yerel sağlık idare amirleri veya bunların görevlendireceği personelin denetimine tâbidir. Denetim yapmaya yetkili amir, ilgili mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırılığı doğrudan kendisi tespit edebileceği gibi, tespiti yapmak üzere incelemeci veya soruşturmacı da görevlendirebilir. Bu denetimler Kurum tarafından belirlenen denetleme formları ile gerçekleştirilir. Mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırılık tespit edildiği takdirde, Aile Hekimliği Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ile Sözleşme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik belirtilen hükümler çerçevesinde ilgililer hakkında işlem tesis edilir". Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği m.14'e göre "(1) Aile sağlığı merkezi, aile hekimleri ve aile sağlığı çalışanları, asgari altı ayda bir, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Bakanlık, ilgili mülki idare amirleri ve yerel sağlık idare amirleri veya bunların görevlendireceği personelin denetimine tabidir. İlgili mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırılık halinde müdürlükçe/Bakanlıkça incelemeci veya soruşturmacı görevlendirilir. İlgili mevzuat ve sözleşme şartlarına aykırı fiillerin tespit edilmesi halinde aykırılığın mahiyetine göre; a) Adli yönden; 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, b) Idari yönden; 10'uncu ve 11'inci madde, c) Kamu zararını oluşturan mali hususlar yönünden; 27/9/2006 tarihli ve 2006/11058 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, hükümlerine göre, gerekli işlemler tesis edilir".

hususunu vurgulamakta fayda görmekteyiz. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İngiltere’de aile hekimliği birimlerinin bağımsız olması, ülkemizdeki aile hekimlerinin işveren sıfatına sahip olup olmadığı tartışmasında İngiltere’deki aile hekimliği sistemi ile kıyaslamaya engel olmaktadır.

## SONUÇ

Sağlık sistemlerinin günümüzde karşı karşıya kaldığı önemli sorunlar arasında kronik hastalıklarla mücadele ve entegre sağlık hizmeti sunumu, multimorbidite ve ilişkili kompleks sağlık ihtiyaçlarının karşılanması, artan maliyetler, yaşlanan toplum sıralanabilir.<sup>136</sup> Söz konusu sorunlar karşısında başarı kazanabilmek için bütüncül, kapsamlı ve sürekli bir sağlık hizmetini kişisel ihtiyaçları dikkate alarak sunabilecek; hastasıyla süreç içerisinde güvene dayalı, iyileştirici özelliği olan kişisel bir ilişki kurabilecek aile hekimlerinin yer aldığı güçlü bir birinci basamağa sahip olmak gerekmektedir.<sup>137</sup> Nitekim İngiltere sağlık sistemi üzerine yapılan araştırmalar da aile hekimlerini de kapsayacak şekilde klinisyenleri yönetim ve planlama kararlarına dahil etmenin sağlık hizmeti kalitesinin geliştirilmesinde önemli rol üstlendiğini göstermiştir.<sup>138</sup>

Güçlü bir sağlık sistemi için ehemmiyeti oldukça fazla olan aile hekimliğinin ülkemizdeki durumunu incelediğimiz çalışmamız sonucunda öncelikle, Türk hukukundaki aile hekimliği sisteminde aile hekimlerinin üzerine çok fazla yükümlülük yüklendiği kanaatine ulaşılmaktadır. Şöyle ki bir kamu görevlisi olan aile hekimlerinin aile sağlığı merkezlerinin kira sözleşmesinin tarafı olması, aile sağlığı merkezinde çalıştırılması gereken personelin iş sözleşmesini yapması, gerekirse iş sözleşmesini sona erdirmesi, iş sözleşmesinin sona ermesi ve konunun yargıya taşınması durumunda bu süreci takip etmesi gerekmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz yargı kararlarında aile hekimlerine işveren sıfatı yüklendiği de görülmektedir ki bu durum, aile hekimlerinin mali yükümlülük altında kalması sonucunu da doğurmaktadır. Aile hekimlerinin bu yükümlülükleri, çalışmamızda yer verdiğimiz İngiliz sağlık sistemindeki ortaklık modelinde yer alan aile hekimlerinin yükümlülükleri ile oldukça benzemektedir. İngiltere Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından hazırlanan raporda ortaklık modelinin sürdürülebilir olmadığı ve aile hekimliği birimlerini ve ortaklık modelini esas alan bir değişiklik olmadığı sürece ilerleme kaydedilemeyeceği ifade edilmektedir.<sup>139</sup> Açıkçası rapordaki sürdürülebilirliğe ilişkin vurgunun Türk hukukundaki aile hekimliği sistemi için de geçerli olduğu kanaatindeyiz. Zira kamu görevlisi olan aile hekimlerine hem kamu görevliliğine hem de bağımsız çalışmaya dair yüküm-

<sup>136</sup> Akman, s. 71.

<sup>137</sup> Akman, s. 71.

<sup>138</sup> Robertson/ Holder/ Ross/ Naylor/ Machaqueiro, s. 16.

<sup>139</sup> *GP Partnership Review - Final Report*, s. 9.

lülükleri yüklemek, asıl görevi sağlık hizmeti sunmak olan aile hekimlerinin bu görevlerini, olması gerektiği gibi ifa etmelerinde zorlanmalarına neden olacaktır. Aile hekimlerinin görevlerini olması gerektiği gibi ifa edememesi de sağlık sisteminin temelden sarsılması anlamına gelmektedir. Belirtilen sorunun bertaraf edilebilmesi için kanaatimizce, aile hekimlerine yüklenen bağımsız çalışmaya dair sorumlulukların aile hekimlerinden alınması ve söz konusu faaliyetlerin Bakanlık eliyle yürütülmesi gerekmektedir.

Aile hekimliği sitemine ilişkin dikkat çeken bir diğer husus da aile hekimliğine ilişkin mevzuatın yetersiz olması ve sistemin yönetmeliklerle yürütülmesidir. Özellikle aile hekimlerinin idari yaptırımlarının ve sözleşme ile çalışan aile hekimlerinin sözleşmelerinin sona erdirilmesine ilişkin düzenlemelerin, yönetmelikte değil kanaatimizce bir an önce kanunda kural altına alınması gerekmektedir.

Aile hekimlerinin görev alanının geniş olması da ele alınması gereken bir meseledir. Zira kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi, rehabilite edici sağlık hizmetlerini ve gerektiği ölçüde gezici/yerinde sağlık hizmeti veren aile hekimlerine hastane acillerinde nöbet zorunluluğu gibi örneklendirebileceğimiz aile sağlığı merkezi dışında ek görevler verilmesi, birinci basamağa gereken önemin verilmediği sonucunu ortaya çıkarmaktadır.<sup>140</sup> Artan hasta sayısı ve beklentileri, kısıtlı finansman ve değişken bakım kalitesi gibi konularla da mücadele eden aile hekimlerinin<sup>141</sup> desteklenmesiyle, aynı zamanda diğer basamaklardaki sağlık hizmeti sunucularının da destekleneceği hususu kanaatimizce göz ardı edilmemelidir.

---

<sup>140</sup> Akman, s. 75.

<sup>141</sup> Robertson/ Holder/ Ross/ Naylor/ Machaqueiro, s. 32.

## KAYNAKÇA

- Aile Hekimliği/Genel Pratisyenlik Avrupa Tanımı*, **Wonca-Europe**, 2002, <https://www.woncaeurope.org/file/28b50fc9-f884-44ef-963d-128d14b5fb98/WONCA%20definition%20Turkish%20version.pdf> (erişim tarihi 23.04.2021).
- AKBAYRAM**, Hatice Tuba, ‘*Neden Diğer Uzmanlıklar, Neden Aile Hekimliği Değil?*’, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 2, Yıl: 2019, Ankara.
- AKMAN**, Mehmet, ‘*Türkiye’de Birinci Basamağın Gücü*’, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Yıl: 2014, Ankara.
- AKSAKOĞLU**, Gazanfer, ‘*İngiltere Sağlık Sistemi*’, Toplum ve Hekim, Cilt: 9, Sayı: 64-65, Yıl: 1995, Ankara.
- AKYİĞİT**, Ercan, *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BAŞAK**, Okay / **SAATÇİ**, Esra / **CEYHUN**, Gülsen, ‘*Akademik Aile Hekimliği ve Gelişme Özellikleri: Türkiye Deneyimi*’, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 4, Yıl: 2005, Ankara.
- BEVAN**, Gwyn / **KARANİKOLOS**, Marina / **EXLEY**, Jo / **NOLTE**, Ellen / **CONNOLLY**, Sheelah / **MAYS**, Nicholas, *The Four Health Systems of the United Kingdom: How do They Compare*, 2014, file:///C:/Users/sau/Desktop/TheFourHealthSystemsOfTheUKHowDoTheyCompare\_fullversion.pdf (erişim tarihi 05.02.2021).
- BOSTANCI**, Yalçın, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007.
- BOYLE**, Seán, ‘*The UK Health Care System*’, [https://www.commonwealthfund.org/sites/default/files/documents/\\_\\_\\_media\\_files\\_resources\\_2008\\_health\\_care\\_system\\_profiles\\_uk\\_country\\_profile\\_2008\\_pdf.pdf](https://www.commonwealthfund.org/sites/default/files/documents/___media_files_resources_2008_health_care_system_profiles_uk_country_profile_2008_pdf.pdf), 2008 (erişim tarihi 23.04.2021).
- BOYLE**, Seán, ‘*United Kingdom (England) Health System Review*’, [https://www.researchgate.net/publication/50939381\\_United\\_Kingdom\\_England\\_Health\\_System\\_Review/link/5440ecfc0cf228087b69a105/download](https://www.researchgate.net/publication/50939381_United_Kingdom_England_Health_System_Review/link/5440ecfc0cf228087b69a105/download), 2011 (erişim tarihi 23.04.2021).
- ÇAĞLAYANER**, Haluk, ‘*Aile Hekimliğine Zemin Hazırlayan Koşullar*’, Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 1997, Ankara.
- ÇELİK**, Nuri / **CANIKLIÖĞLU**, Nurşen / **CANBOLAT**, Talat / **ÖZKARACA**, Ercüment, *İş Hukuku Derstleri*, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇİFTÇİ**, Halil İbrahim, *Çeşitli Ülkelerde Sağlık Sistemi ve Finansmanı*, <https://docplayer.biz.tr/36802801-Cesitli-ulkelerde-saglik-sistemi-ve-finansmani-halil-ibrahim-ciftci.html> (erişim tarihi 22.07.2013).
- DAĞLARASTI**, Cengiz, *Türkiye’de Aile Hekimliği Kurumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Developing the NHS Commissioning Board*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/216408/dh\\_128196.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/216408/dh_128196.pdf) (erişim tarihi 1.4.2021).
- DİKİCİ**, Mustafa Fevzi / **KARTAL**, Mehtap / **ALPTEKİN**, Serap / **ÇUBUKCU**, Mahcube / **AYANOĞLU**, Akın Serhat / **YARIŞ**, Füsün, ‘*Aile Hekimliğinde Kavramlar, Görev Tanımı ve Disiplininin Tarihiçesi*’, Türkiye Klinikleri Journal of Medical Sciences, Cilt: 27, Yıl: 2007.

- ENGİN**, E. Murat, *Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren*, Basisen Eğitim ve Kültür Yayınları, İstanbul, 1993.
- FİŞHER**, Janice K., ‘*Yirmi Birinci Yüzyıl İçin Nasıl Bir Genel Pratisyen Hekimlik*’, Ka-yıhan Pala (çev.), Toplum ve Hekim, Cilt: 11, Sayı: 74, Yıl: 1996, Ankara.
- FREEMAN**, Thomas R., *McWhinney’in Aile Hekimliği*, A. Dilek Güldal (Ed.), Dördün-cü Baskı, Çukurova Nobel Tıp Kitabevi, Adana, 2016.
- General Practice Forward View April 2016*, **NHS England**, <https://www.england.nhs.uk/publication/general-practice-forward-view-gpfov/> (erişim tarihi 15.04.2021).
- GP Partnership Review - Final Report*, 2019, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/770916/gp-partnership-review-final-report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/770916/gp-partnership-review-final-report.pdf) (erişim tarihi 14.04.2021).
- GROSİOS**, Konstantina / **GAHAN**, Peter B. / **BURBİDGE**, Jane, ‘*Overview of Health-care in the UK*’, EPMA Journal, Cilt: 1, Yıl: 2010.
- GÜZEL**, Ali / **OKUR**, Ali Rıza / **CANİKLİOĞLU**, Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- KILIÇ**, Bülent / **BUMİN**, Çiğdem, ‘*İngiltere Ulusal Sağlık Sistemi*’, Toplum ve Hekim, Yıl: 1993, Ankara.
- MACARA**, A. W., ‘*İngiliz Sağlık Sistemi ve İngiltere’de Genel Pratisyen Hekimlik*’, Top-lum ve Hekim, Cilt: 12, Sayı: 78, 1997, Ankara.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, *İş Hukuku Ders Kitabı*, Güncellenmiş 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021.
- NHS England 2019-2020 Annual Report*, [https://www.england.nhs.uk/wp-content/uplo-ads/2021/01/nhs-england-annual-report-2019-20-full.pdf](https://www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2021/01/nhs-england-annual-report-2019-20-full.pdf) (erişim tarihi 23.04.2021).
- OKUR**, Ali Rıza / **ERGİN**, Hediye, ‘*Türkiye’de Sağlık Reformunun Geçmişi ve Gelece-ği*’, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, 2008.
- OKUR**, Ali Rıza, *Sağlık Hakkı ve Sağlık Sigortaları*, Yayımlanmamış Monografi, İstan-bul, 1992.
- ONİON**, Daniel K. / **BERRINGTON**, Robert M., ‘*Comparisons of UK General Practice and US Family Practice*’, JABFP, Cilt: 12, Sayı: 2, Yıl: 1999.
- ÖZTEK**, Zafer, ‘*Sağlıkta Dönüşüm ve Aile Hekimliği*’, Toplum Hekimliği Bülteni, Cilt: 25, Sayı: 2, Yıl: 2006.
- Quality and Outcomes Framework 2019-20*, <https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/quality-and-outcomes-framework-achievement-prevalence-and-exceptions-data/2019-20> (erişim tarihi 15.04.2021).
- ROBERTSON**, Ruth / **HOLDER**, Holly / **ROSS**, Shilpa / **NAYLOR**, Chris / **MAC-HAQUEİRO**, Silvia, *Clinical Commissioning GPs in Charge?*, 2016, [https://www.kingsfund.org.uk/sites/default/files/field/field\\_publication\\_file/Clinical\\_commissioning\\_web\\_pdf.pdf](https://www.kingsfund.org.uk/sites/default/files/field/field_publication_file/Clinical_commissioning_web_pdf.pdf) (erişim tarihi 02.04.2021).
- SAATÇİ**, Esra / **BOZDEMİR**, Nafiz / **AKPINAR**, Ersin, ‘*Amerika Birleşik Devletleri’nde Aile Hekimliği*’, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2006, Ankara.

- SARGUTAN**, A. Erdal, ‘Sağlık Sektörü ve Sağlık Sistemlerinin Yapısı’, Hacettepe Üniversitesi Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 3, Yıl: 2005, Ankara.
- SERİN**, İlhan, *Genel Sağlık Sigortası ve Uygulanabilirliği*, Kazancı Hukuk Yayınları: 184, İstanbul, 2004.
- SÖZER**, Ali Nazım, ‘Genel Sağlık Sigortasının Organizasyonu’, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara, 2010.
- SÖZER**, Ali Nazım, *Türk Genel Sağlık Sigortası*, Güncellenmiş 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Standard Personal Medical Services Agreement October 2019*, <https://www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2019/11/pms-contract-october-2019.pdf> (erişim tarihi 16.04.2021).
- SÜZEK**, Sarper, ‘Türk İş Hukukunda İşveren’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 17, Yıl: 2010, İstanbul.
- SÜZEK**, Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, 2021.
- TEKİN**, Nil / **BAŞAK**, Okay / **YILDIRIM**, Ahmet, ‘Türkiye’de Aile Hekimliğinin Kökenleri ve Gelişimi: Yarım Yüzyıllık Bir Hekim Deneyimi’, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, Yıl, 2010, Ankara.
- TUAÇ**, Pelin, *Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Aile Hekimliği: Hukuki Bir Değerlendirme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.
- TUNCAY**, Can / **EKMEKÇİ**, Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ÜNALAN**, Pemra C. / **UZUNER**, Arzu, ‘Türkiye’de Aile Hekimliğinin Geleceğine Yönelik Planlar’, Türkiye Aile Hekimliği Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 2005, Ankara.

### İnternet Kaynakları

- <https://legalbank.net/arama>, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
- <https://www.england.nhs.uk/commissioning/what-is-commissioning/> (erişim tarihi 01.04.2021).
- <https://www.nhscc.org/ccgs/> (erişim tarihi 05.02.2021).
- [https://en.wikipedia.org/wiki/Health\\_care\\_in\\_the\\_United\\_Kingdom](https://en.wikipedia.org/wiki/Health_care_in_the_United_Kingdom) (erişim tarihi 05.02.2021).
- <https://www.england.nhs.uk/commissioning/who-commissions-nhs-services/ccgs/> (erişim tarihi 05.02.2021).
- <https://www.england.nhs.uk/ccgs/> (erişim tarihi 01.04.2021).
- <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/1862/contents> (erişim tarihi 16.04.2021).
- <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/1879/contents> (erişim tarihi 16.04.2021).
- [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/923596/The-Alternative-Provider-Medical-Services-Directions-2020-1-Oct-2020.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/923596/The-Alternative-Provider-Medical-Services-Directions-2020-1-Oct-2020.pdf) (erişim tarihi 16.04.2021).
- <https://www.nhsemployers.org/pay-pensions-and-reward/primary-care-contacts> (erişim tarihi 15.04.2021).

- <https://www.bma.org.uk/pay-and-contracts/contracts#gp-contract> (erişim tarihi 15.04.2021).
- <https://www.england.nhs.uk/publication/gp-contract-five-year-framework/> (erişim tarihi 15.04.2021).
- <https://www.england.nhs.uk/gp/investment/gp-contract/> (erişim tarihi 15.04.2021).
- <https://www.bma.org.uk/pay-and-contracts/contracts/gp-contract/gp-contract-england-202122> (erişim tarihi 15.04.2021).
- <https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/quality-and-outcomes-framework-achievement-prevalence-and-exceptions-data/2019-20> (erişim tarihi 15.04.2021).
- <https://www.healthcareers.nhs.uk/explore-roles/doctors/roles-doctors/general-practice-gp> (erişim tarihi 14.04.2021).
- <https://www.bma.org.uk/sessionalgps> (erişim tarihi 21.04.2021).



# Akreditif Hukukunda Temel İlişkiye Esas Geçersizlik ve Akde Aykırılık Durumlarının Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İrdelenmesi

## Examination of the Basic Relational Invalidity and Contractual Contradictions in the Letter of Credit Law within the Framework of the Turkish Code of Obligations

Dr. Hande ATMACA ÜLKÜ<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Uluslararası ticarete özgü bir terim olan akreditifin hukuki yapısı, akreditif ilişkisine ve temel ilişkiye esas olmak üzere birbirinden bağımsız nitelikte iki farklı hukuki ilişki-den oluşmaktadır. Temel ilişkiye esas sözleşmenin geçersizliği veya akde aykırı durum-ların varlığı halinde elbette ki akreditif ilişkisinin bu durumlardan etkilenmesi beklen-memelidir. Aksinin kabulü, uluslararası ticaretin işlerliğini kolaylaştırmak amacıyla belli şartlar dahilinde gerçekleşen bir ödeme yöntemi olan akreditif kurumundan beklenen faydayı ortadan kaldıracaktır. Konu anlatılırken satım sözleşmesine özgü durumlar akreditif kurumu ile ilişkilendirilmek suretiyle değerlendirme yapılmıştır. Esasen temel ilişkiye esas sözleşmeyi bütünüyle sistemin dışına itmekte hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabilecektir. Bu sebeple Türk Hukukunda, lehtarın ödeme talebinin “hakkın kötüye kullanılması yasağına” aykırılık teşkil etmesi halinde bedelin ödenmemesi kabul edilebi-lir. Yani, temel ilişkiye esas akdın geçersizliği ve akde aykırı durumların mevcudiyeti du-rumunda dahi ödeme talebi kabul edilebilir niteliktedir; meğerki bu talep, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecek nitelikte olsun. Çalışmamızda hangi hallerde “geçersizlik” ve “akde aykırılık” kavramlarının gündeme gelebileceği değerlendirilmiş ve bu suretle akreditif ilişkisine özgü hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık hal-lerinin sistematik şekilde ortaya konulması amaçlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

Akreditif İlişkisi, Temel İlişki, Geçersizlik, Akde Aykırılık, Hakkın Kötüye Kulla-nılması Yasağı.

<sup>(\*)</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14. Hukuk Dairesi Üyesi.

E-posta: handeatmaca1@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-6751-2682>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 06.08.2021.

Makale Kabul Tarihi: 10.01.2022.

**Abstract:**

The legal structure of the letter of credit, which is a term specific to international trade, consists of two different legal relationships that are independent of each other. In case of invalidity of the main contract of the main relationship or the existence of situations contrary to the contract, of course, the letter of credit relationship should not be expected to be affected by these situations. Accepting the contrary may eliminate the expected benefit from the letter of credit institution, which is a payment method realized under certain conditions in order to facilitate the operability of international trade. While explaining the subject, the cases specific to the sales contract were evaluated by associating them with the letter of credit institution. However, pushing the main contract out of the system with its baton may lead to unfair results. In Turkish Law, if the payment request of the beneficiary constitutes a violation of the prohibition on abuse of rights non-payment of the price may be accepted. The request for payment is acceptable even in the case of the invalidity of the contract underlying the basic relationship and the existence of unconstitutional situations; unless this request is in violation of the prohibition on abuse of rights. In our study, by emphasizing “invalidity” and “contravention of the contract”, cases of violation of the prohibition on abuse of rights systematically

**Keywords:**

Letter of Credit Relationship, Basic Relationship, Invalidity, Breach of Contract, The Prohibition on Abuse of Rights.

**GİRİŞ**

Milletlerarası ticaretin işleyişi açısından hiç şüphesiz ortaya çıkan en önemli sorun; hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar, zaman içerisinde ticari hayatın parçası haline getirilmiş değişik örf ve adetler, ülkelerin dönemden döneme ortaya çıkan döviz politikalarındaki belirsizlik gibi faktörler sebebiyle uygulamada oluşan çeşitliliklerdir. Ticari ilişkinin tarafları farklı ülke tabiiyetine bağlı olduğunda hukuki güven ve istikrar ilkesinin gerektirdiği eşgüdümün, çoğu zaman somut uyuşmazlığın çözümünün yapıldığı hukuksal zeminde bulunmaması, davaların uzun sürmesine ve sonuç olarak uluslararası nitelikteki ticari faaliyetlerde aksamalara yol açmaktadır.

Bahsi geçen aksaklıkları azaltabilmek adına Milletlerarası Ticaret Odası girişimiyle 1994 yılında yürürlüğe giren “500 Sayılı Akreditif İlgili Birörnek Kurallar”<sup>1</sup> (“The Uniform Customs and Practice for Documentary Credits” -UCP-) kabul edilmiştir. Bu kurallar, 01.07.2007 tarihinde yürürlüğe giren UCP 600 ile revizyona uğramıştır. Türk hukukunda Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda akreditif uygulamalarına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte somut olaya konu akreditif söz-

<sup>1</sup> Bu kurallar, akreditif sözleşmelerine uygulanacak genel şartları, ana hatlarıyla bankacılık hükümlerini ve ticari teamülleri bir araya getirmiştir. Bu kurallar her ne kadar yasa niteliğinde hükümleri içermemekte ise de bankacılar bu kuralları ve teamülleri kabul etmektedir. Bkz., Reisoğlu Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 31.

leşmesinde bu kurallara yer verilmek suretiyle kanundaki boşluk doldurulmaya çalışılarak uluslararası ticarete akreditif sözleşmesine yönelik uygulamalara işlerlik kazandırılmaktadır. Bu kurallardan bazılarının düzenleniş şekli, kuralların akreditif sözleşmesindeki ilgili yere herhangi bir değişikliğe uğratılmaksızın dahil edilmelerine olanak vermektedir. Diğer bazı kurallar ise ancak tarafların bu hususta uzlaşmaya varmış olmaları koşuluyla tadil edilmek suretiyle akreditif sözleşmesinde yer bulabilmektedir.

11 Nisan 1980 tarihli “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”; uygulamada “Viyana Satım Antlaşması” olarak adlandırılmakla, salt uluslararası ticarete esas satım sözleşmelerine uygulanacak hukuki kaidelere yeknesaklık kazandırmak amacıyla imzalanmış, ülkemizde de de 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girerek Türk Hukuk Sisteminde bağlayıcı hale gelmiştir. Şu durumda; ihtilafa konu satım sözleşmesine ilişkin olarak aynı zamanda satım sözleşmesinin akitleri Viyana Satım Sözleşmesine de taraf ise uyumsuzluğun çözümünde Türk mahkemeleri, Viyana Satım Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda hareket etmek yükümlülüğündedir. Yani, akreditif ilişkisi kapsamı içerisindeki temel ilişkiye yönelik değerlendirmeler, koşullar gerektiriyorsa Viyana Satım Sözleşmesi’ne göre yapılarak sonuca ulaşılmalıdır.

Akreditifin kendine özgü hukuksal yapısının incelenmesinde; temel ilişki ve akreditif ilişkisi olmak üzere birbirinden tamamen bağımsız nitelikte iki farklı hukuki ilişkinin aynı anda var olduğu görülmektedir. Bu özellikten kaynaklı olarak temel ilişkiye esas akde aykırılığın mevcudiyeti halinde dahi akreditif beldelinin talep edilmesi mümkündür. Bahsi geçen bu durumun önüne geçebilmek adına Türk hukukunda, lehtar satıcının ödeme talebinin temel ilişkiye esas sözleşme kapsamında değerlendirilmesi yoluna gidilerek, ödeme talebinin TMK’nın 2/II. maddesinde düzenleme bulan hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecek nitelikte olduğunun saptanması halinde akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsızlığının ileri sürülemeyeceği ilkesi kabul edilmiştir.

## I. AKREDİTİF İLİŞKİSİ İÇERİSİNDEKİ TEMEL KAVRAMLARIN HUKUKİ NİTELENDİRİLMESİ

Akreditif ilişkisi içerisindeki temel kavramların tanımlamasını yapacak olursak; ihracatçı lehine akreditif açılan kişi; lehtar banka<sup>2</sup> (ihracatçı, muhabir) ise akreditifte oluşan şartlara göre ihracatçının bulunduğu ülkede ihracatçıya akreditifi teyit eden veya ihbar edene ödemeyi yapan bankadır. Akreditif amiri<sup>3</sup> (alıcı, ithalatçı), akreditif açılmasını isteyen ve bunu bankadan talep eden taraftır. Alıcı,

<sup>2</sup> Sibel Özel, *Akreditif ve Hukuki Niteliği*, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1991, s. 68. Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 24.

<sup>3</sup> Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, Yeniden Yazılmış 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 557; Özel, s. 22.

akreditifte öngörülen belgeler bankaya ibraz edilmeden banka tarafından ödeme yapılamayacağını teminat altına almaktadır.<sup>4</sup>

Amir banka<sup>5</sup> (ithalatçının bankası), doğrudan akreditifi lehtara ihbar ederek; ödemeyi de kendisinin yapabileceğini, ihracatçı konumundaki satıcının belgelerini kabul edeceğini taahhüt edebileceği gibi bu işlemlerin yapılması hususunda bir başka bankayı da yetkilendirebilir. Bu şekilde yetkilendirilen banka, görevli bankadır. Görevli banka, akreditif ya da teyit bankasına karşı akreditifte geçen bütün koşulları yüklenen bankadır.

Teyit Bankası<sup>6</sup> kendi ülkesindeki bir akreditif bankasından doğrulama isteyecektir. Teyit bankasının ödeme taahhüdü bulunmamaktadır. Akreditif ilişkisinde akreditif bankası yani amir banka, akreditif açar; akreditif bankası bedeli öder ve amir bankaya rücu edebilir.

Akreditif amiri, akreditif bankasını akreditifte belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda satış bedelini lehtara ödemekle görevlendirmektedir. Akreditif bankası, üstlendiği bu görevi, akreditif amirinin iradesine uygun olarak kendi bağımsız yetki ve görev alanı içerisinde gerçekleştirmektedir. Akreditif bankası ve amir banka arasında vekalet sözleşmesi mevcuttur.<sup>7</sup> Akreditif bankası, amir bankanın vekili sıfatıyla akreditif açabilir. Akreditif bankası, muhabir banka aracılığıyla lehtar satıcıya akreditifi ulaştırır. Lehtar satıcı akreditifi kabul etmişse, ibraz edilen belgeler akreditif metnine göre de uygunsa teyit bankası akreditifte geçen bedeli ödemek zorundadır. Akreditif bankası, teyit bankasına vekalet vermektedir. Ancak teyit bankası ve amir bankası arasında hiçbir hukuki ilişki yoktur.

İhbar Bankası, akreditif bankası için diğer ülkelerde muhabir konumundadır. Yani görevli banka, ihbar bankası görevini de üstlenmektedir. Akreditifin doğruluğu onaylanmış ise teyit bankası hem ihbar bankası hem de görevli banka konumundadır.

## II. AKREDİTİF SÖZLEŞMESİNİN TEMEL İLİŞKİDEN BAĞIMSIZ OLMASI

Amir Banka, akreditif sözleşmesinin yapılması üzerine satıcıya yani lehtara, akreditifin açıldığını ihbar eder. Satıcı, amir bankanın talebi üzerine akreditif ilişkisi kapsamında kararlaştırılmış belgeleri<sup>8</sup> amir bankaya ibraz ettiğinde amir banka satıcı-

<sup>4</sup> Doğan s. 39 vd.; Fatma Ceyda Ciray, *Akreditifte Bankaların Hukuki Bakımdan Sorumlulukları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜBSE, İstanbul 2009, s. 59 vd.; Sevgi Bozkurt, *Akreditifin Uygulanması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 18 vd.

<sup>5</sup> Cengiz Kostakoğlu, *Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar*, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 1087.

<sup>6</sup> Bazen muhabir banka; teyit bankası, iştirah bankası, ödeme bankası, rambursman bankası gibi isimler ve görevler alabilir. Bu görevler muhabir banka tarafından yerine getirilebileceği gibi başka bankalar tarafından da yerine getirilebilir, Oğuz Sadık Aydos, *Akreditif*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000, s. 25-26.

<sup>7</sup> Semih Saraç, *Akreditifin Hukuki Niteliği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Haziran 2014, s. 127.

<sup>8</sup> Saraç, s. 68.

ya ödeme yapmakla yükümlüdür. Akreditif ilişkisinin hukuki yapısı, temel ilişkiden bağımsız olmasını gerektirir.<sup>9</sup> Yani akreditif açılarak sözleşmeye konu edilmişse temel ilişkiye esas borç hiç veya gereği ifa edilmese dahi; akreditif bankası, muhabir banka ile arasındaki sözleşme gereği lehtara akreditif bedelini ödemekle yükümlüdür.

Banka akreditif sözleşmesinden doğan borcunu ifa ederken temel ilişki kapsamında geçerli olan durum ve koşulları değil, akreditifin koşullarını esas almakla yükümlüdür.<sup>10</sup> Akreditif bankası; akreditif açıldığını muhabir banka aracılığıyla akreditif lehtarına bildirir. Banka ile alıcının arasındaki akreditif sözleşmesi geçersiz olmasına rağmen amir banka bir kez lehtara akreditif açıldığını ihbar etmiş, akabinde lehtar akreditif ilişkisi kapsamında amir bankanın talep ettiği belgeleri ibraz etmişse amir bankanın artık akreditif sözleşmesinin geçersizliğine dayanarak lehtara ödeme yapmaktan kaçınması mümkün değildir.

### III. TEMEL İLİŞKİNİN GEÇERSİZ OLMASININ AKREDİTİF İLİŞKİSİ KAPSAMINDA HUKUKİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Akreditifte bir temel ilişki (satış sözleşmesi), bir de bu ilişkiden doğan borcu ifa etmeyi amaçlayan akreditif ilişkisi bulunmaktadır. Bu iki ilişki aralarındaki ekonomik bağlılığa rağmen hukuken birbirinden bağımsızdır.<sup>11</sup>

TBK'nın 27/I maddesindeki çok açık düzenleme gereği; temel ilişkinin konusu kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı ise kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlıdır. Akreditif sözleşmesinin geçerli şekilde hüküm ve sonuç doğurduğu halde temel ilişki kesin hükümsüz olsa dahi akreditif sözleşmesi temel ilişkiden bağımsız<sup>12</sup> olduğu için amir banka, lehtar satıcıya akreditifte öngörülen koşullarla ödeme yapmakla yükümlüdür.<sup>13</sup> Ancak bu durumda alıcı yani amir de akreditif bankasına yapmış olduğu ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerince lehtardan geri alabilir.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Milletlerarası Ticaret Odası'nın Yeknesak Kuralları 4-a maddesinde, akreditif sözleşmesinin temel ilişkiden tamamen bağımsız olduğu açıkça ifade edilmiştir.

<sup>10</sup> Doğan, s. 40; Özel, s. 16.

<sup>11</sup> Sezer Çabri, 'Akreditifte Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinin Akreditif İlişkinine Etkisi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 617.

<sup>12</sup> Seza Reisoğlu, 'Hukuki Açıdan Akreditif ve Uygulama Sorunları', Bankacılar Dergisi, s. 52, 2005, s. 41; Arslan Kaya, *Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukukî Durumu*, Beta Basın Yayım, İstanbul 1995, s. 107; Bozkurt, s. 5, Cevdet Yavuz / Faruk Acar, / Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 1353; Akın, Ekici, 'Akreditifte Lehtarın Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud) Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştirâ (İskonto) Eden Bankanın Hukukî Durumu', Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 164 vd.

<sup>13</sup> Gözde Engin Günay, *Türk Hukuku'nda Akreditif*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İTÜSBE, İstanbul, 2013, s. 26.

<sup>14</sup> Doğan, s. 387.

Temel ilişkinin geçersizliği alıcının ve satıcının her ikisinin birden bilgisi dahilinde olmasına rağmen lehtarın ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması şeklinde kabul edileceğinden bu durumda alıcı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak hak talep edemeyecektir. Aksinin kabulü hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil eder.

Temel ilişkiye esas sözleşmede irade fesadı örneğin esaslı yanıltma ve aldatma durumları mevcutsa sözleşmenin iptali gündeme gelebilecektir. Esaslı yanıltmaya dayanarak sözleşmenin iptal edilmesine rağmen satıcının akreditif bedelini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Aldatma söz konusu olduğunda ancak aldatmayı lehtar ya da onun bilgisi dahilinde üçünü bir kişi gerçekleştirirse lehtarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı kabul edilir.

Alıcı (amir) ile satıcı (lehtar) arasındaki satış ya da bir hizmetin görülmesine ilişkin temel ilişkiye esas sözleşme kapsamında taraflar, ödemenin akreditif yoluyla yapılacağını kararlaştırmışlarsa ancak buna rağmen alıcı akreditif açtırmazsa<sup>15</sup> menfi zararların tazmini genel hükümler çerçevesinde talep edilebilmelidir.

#### IV. TEMEL İLİŞKİYE AYKIRILIK DURUMUNUN AKREDİTİF SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİNİN HUKUKSAL AÇIDAN İRDELENMESİ

Bu başlık altında aliud ifa ve ayıplı ifa kavramlarının Türk hukuk uygulamasındaki tanımlamaları akreditif uygulaması ile ilişkilendirilmek suretiyle yapılarak birbirlerinden farklılaştıkları noktalar ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Türk hukukunda bazı yazarlarca<sup>16</sup> aliud ifanın ayıplı yani kötü ifa niteliğinde olduğu öne sürülse de genel olarak, “aliud ifanın”, esasen ifa etmeme olarak kabul edilmesi gerektiği, aliud ifa söz konusu olduğunda zaten geçerli bir ifanın varlığından bahsetmenin mümkün olmadığı düşüncesi<sup>17</sup> hakimdir. Yani, satıcı alıcıya kararlaştırılan şeyden başka bir şey teslim ederse aliud ifanın söz konusu olacağı, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hallerinde ise ayıplı ifa durumlarının mevcut bulunduğu genel olarak kabul görmektedir.<sup>18</sup>

Doktrindeki bir yazar<sup>19</sup> aşıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin, aliud teslim söz konusu olduğu hallerde de kıyasen uygulanabileceği belli durumların varlığı

<sup>15</sup> Akreditif açtırma borcuna aykırılığın hukuki sonuçları için bkz.; Doğan, s. 79-80; Özel, s. 29 vd.

<sup>16</sup> Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 140, 141.

<sup>17</sup> Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 172; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 101.

<sup>18</sup> Aliud ifanın hukuki tanımı için bkz.; Kevork Acemoğlu, “*Aliud*” ve *Federal Mahkemenin Aliud Üzerindeki Tutumu Üzerine*”, İÜMHAD, C. 6, S. 9, 1972, s. 19-20 vd. Gümüş Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 1, 3. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 71, Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı, s. 74, Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 104.

<sup>19</sup> Rona, Serozan, ‘*Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku*’, 2000, İÜHFİM, C. 58, S. 1-2, s. 233-248, Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, Vedat Kitabevi, İstanbul 2007, s. 304.

ğına işaret etmekte yani aliud teslimi yan edim yükümlülüğüne aykırılık haline öz-gülemektedir. Diğer bir yazara<sup>20</sup> göre ise aliud teslimin gerçekleşmesi halinde asli edim yükümlülüğü kapsamındaki teslim yükümlülüğüne aykırı bir durum ortaya çıktığından aliud teslim, ayıplı teslimden<sup>21</sup> daha farklı bir yaptırıma tabi olmalıdır.

Kanaatimizce ayıp kavramı, sözleşmede kararlaştırılandan makul sayılamayacak şekilde nitelikte farklılık olduğunda ortaya çıkacaktır. Nicelik olarak belirlenenden eksik şekilde yapılan ifa ise ayıplı ifa değil eksik ifa şeklinde değerlendirilmeli dolayısıyla bu durumda gereği gibi ifa etmemenin hüküm ve sonuçlarının doğduğu kabul edilmelidir. Aliud ifada, cins ve parça borcu ayırımı yapılmaksızın sözleşmede kararlaştırılandan tamamen farklı bir edimin ifası gerçekleşmiş olmakla bize göre de bu halde aslında gerçekleşmiş bir ifanın varlığından bahsedilmesi mümkün olmamalıdır.

Esasen, mal tesliminin aliud ifa niteliğinde kabul edilip edilmeyeceği hususundaki değerlendirmelerin ticari hayatın dinamik yapısı nedeniyle önceden genel geçer belirlenebilir nitelikteki objektif kriterlere oturtulması makul değildir. Bu durumda ancak zamana ve mekana göre değişkenlik gösteren fiiliyattaki ticari uygulamalar, aliud ifanın somut olayda mevcut bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinin yapılmasında belirleyici etken olabilecektir.<sup>22</sup>

Temerrüt, borcun talep ve ifa edilebilirliğini etkilemeyeceğinden alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmelidir. Ancak gereği gibi ifa etmeme<sup>23</sup> kavramı içerisine gecikmiş ifa ile birlikte miktar, nitelik veya yer itibarıyla sözleşmeye uygun olmayan ifa durumları da girmektedir.

Akreditif ilişkisinde, ister aliud ifa isterse ayıplı ifa ve gereği gibi ifa etmeme durumları söz konusu olsun, lehtar akreditif sözleşmesinde kararlaştırılan belgeleri amir bankanın talebi üzerine ibraz ederse amir banka ödeme yapmak zorundadır. Ancak akreditif sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olmak kaydıyla emtia alıcı tarafça teslim alınmadan önce emtianın temel ilişkiye esas sözleşme de belirlenen standartlarda olup olmadığının yani ayıp, eksik ya da aliud ifa durumlarının somut olayda bulunup bulunmadığının, konusunda uzman bilirkişi tarafından tespit edilmesinden ya da alıcı tarafından yapılan kontrol üzerine emtianın tesliminin kabul edilmesinden sonra bedelin ödenmesi de imkân dahilindedir.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Ayıplı teslimin yan edim yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. Acemoğlu, s. 27 dn. 29.

<sup>21</sup> Ayıplı teslimin asli edim yükümlülüklerinden olan teslim yükümlülüğüne mi yoksa yan edim yükümlülüğüne mi aykırılık teşkil ettiği hususundaki tartışmalar için bkz. Abdullah Harun Ataşlar, *Türk Hukuku ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Satış Sözleşmesinde Aliud*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 31.

<sup>22</sup> Ayrıca bkz. Doğanay, s. 100, 101, 106.

<sup>23</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017. s. 1073.

<sup>24</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 1348.



Viyana Satım Sözleşmesi'nde, "sözleşmeye uygun olarak yapılması gerekli ifa"; koşullar halinde belirlenmekle bunun haricinde eksik, ayıplı, geç ifa ve benzeri şekillerde sözleşmeye aykırılık hallerinin tanımlanması yoluna gidilmemiştir. Yani, ifa sözleşmeye uygun değilse buna yol açan her durum, ayıplı ifa olarak kabul edilecektir.

Viyana Sözleşmesi'ne akid olmayanlar arasındaki akreditif ilişkisinden doğan uyumsuzluğun çözümünde ise; Türk hukuk sistemine egemen kurallar bütünü uygulanacaktır. Yukarıda değinildiği gibi, Türk Borçlar Hukukunda "mikardan eksik teslim" ayıplı ifa değil eksik ifa; "sözleşmede belirtilmiş olan türden farklı mal teslim edilmesi" ise aliud ifa olarak kabul edilmekle tüm bu durumlarda TBK m.112'de düzenleme bulan sözleşmeye aykırılık hükümleri devreye girecektir.

## V. AMİR BANKANIN DENETİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKSAL BOYUTLARI

Lehtar satıcı, sözleşme uyarınca kararlaştırılan belgeleri hazırlayarak bankaya ibraz eder; banka belgelerin akreditif şartlarına uygun olduğuna karar verirse ödemeyi yapar. Amir bankanın, lehtar satıcının ibraz etmiş olduğu belgelere ilişkin denetim yükümlülüğü sadece şekli kriterlere uygunluk kriteriyle sınırlıdır.<sup>25</sup> Bankayı akreditif şartlarının lafzı ile bağlayan, ona yorum yapma hakkı vermeyen ilkeye "akreditif şartlarına sıkı sıkıya bağlılık" ilkesi denilmektedir.<sup>26</sup> Türk hukukunda şekle ilişkin denetim yükümlülüğünü destekler nitelikte bir kanun maddesi bulunmamakla bu yükümlülüğün hukuksal zemindeki dayanağı; TMK'nın 2/II maddesinde yer alan "hakkın kötüye kullanılması" ile alakalı düzenlemedir. Kaldı ki esasen UCP 600 revizyonunda da bahsi geçen şekli denetimin hukuki dayanağı düzenlenmemiş şekle aykırılık unsurları örnek mukabilinde sayılmıştır.

Amir banka, esasen önceden bahsetmiş olduğumuz üzere temel ilişkide kararlaştırılan edimsel yükümlülüğün yerine getirilip getirilmemiş olduğu meselesiyle ilgilenmez, sadece kendisine ibraz edilen belgelerle sınırlı olacak şekilde bir denetim yapar.<sup>27</sup> Bunun sonucu olarak, satıcı lehtar uygun ibrazı gerçekleştirdiğinde amir banka artık satıcıya ödemeyi yapmakla yükümlüdür.<sup>28</sup>

Sözleşmeye konu emtia temel ilişkide belirlenen nitelik ve nicelikte değilse yani aliud veya ayıplı ifadan kaynaklı akde aykırılık durumları mevcutsa bu noktada sorumluluk hukuku çerçevesinde başvuru haklarını kullanmak alıcının insiyatifindedir. Bir düşünceye<sup>29</sup> göre, akreditif bankası ancak lehtar ile arasındaki hukuki ilişki kapsamında bir borca aykırılık durumu varsa buna ilişkin itiraz ve def'ileri sürerek ödeme

<sup>25</sup> Tekinalp, s. 608.

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 583-585;

<sup>27</sup> Bkz, Nuşen Pelin Dalgıç Atabaş, 'UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı', TBB Dergisi 2018 (134), s. 497-498.

<sup>28</sup> Atabaş, Pelin, s. 500.

<sup>29</sup> Tekinalp, s. 621; Reisoğlu, s. 41.

yapmaktan imtina edebilir. Bir başka düşünceye<sup>30</sup> göre ise, böyle bir def'inin akreditifin temel ilişkiden bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı sebebiyle emtianın niteliği ve niceliği ile alakalı hususlara yönelik ihtilafların akreditif işleminin dışında bırakılması gerekmektedir. Uygulamada, temel ilişkide borca aykırılık söz konusu ise yani aliud veya ayıplı ifa durumları mevcutsa ödemeyi engelleyici mahiyette ihtiyati tedbir kararı alınarak amir banka açısından denetim mekanizması hayata geçirilmektedir.<sup>31</sup>

Amir banka, akreditif ilişkisi kapsamında, emtianın temel ilişkiye esas sözleşmeye uygun olmadığını doğrular nitelikte resmi merciler kanalıyla verilmiş bir belge<sup>32</sup> bulunduğu kanaatine varırsa yani amir banka tarafından lehtarın (satıcının) kendisine yönelmiş olduğu ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması<sup>33</sup> niteliğinde kabul edilirse bu durumda amir banka, lehtar satıcıya ödeme yapmamalıdır.

Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını belirlenmesi açısından UCP 600'un 15. maddesinde örnek mukabilinde sayılı bazı durumlar mevcuttur. Lehtar satıcının ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup olmadığını değerlendirilmesi *lex fori*'ye tabidir. Ülkemizde açılan bir uyuşmazlıkta ödeme talebinde bulunulması halinde hakim hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını ülke hukukuna göre takdir edecektir. Uygun olmayan ibrazda bankanın ödeme yapmaması için amirin talebine veya bu konuda bir ihtiyati tedbir kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır. Şu halde, uygun olmayan ibrazı karşılamanın sonuçlarına ödemeyi yapan banka katlanır.

Uygulamada akreditif amirlerinin Türkiye'de akreditif bankasında açtıkları ve yabancı bir banka tarafından teyit edilmiş ödemeli akreditiflerde<sup>34</sup> ihtiyati tedbir talep ettikleri ve bankaların, akreditif bankası ile teyit bankasını bağlayacak şekilde karar verdikleri görülmektedir.

<sup>30</sup> Kaya, s. 179.

<sup>31</sup> Bankanın şeklen inceleme neticesi akreditif belgelerinin sahteliği hakkında yeterli şüphe oluşursa bankanın, belgelerin sahteliğine ilişkin ceza yargılaması sonuçlanıp maddi vakıa kesin şekilde ortaya konulana kadar akreditif bedelini lehtara ödememesi ve gerekirse, akreditif bedelini tevdi mahali tayini neticesi mahkeme kanalıyla belirlenecek yere yatırması uygulamada makul çözüm yollarıdır.

<sup>32</sup> Lehtarın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecek nitelikte olduğunu açıkça ispatlar nitelikteki belgeler "likit kanıt" şeklinde adlandırılmaktadır. Ayrıca bkz. Kaya, s. 171.

<sup>33</sup> Borcun konusu itibariyle cinsiyle belirlenmiş borçsa TBK'nın 86. maddesi uyarınca aksi anlaşılmadıkça edimin seçimi borçluya ait olmakla birlikte, borçlunun seçeceği edim ortalama nitelikten daha düşük olamaz. Aksi halde alıcının akreditif bedelinin ödenmesini talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

<sup>34</sup> Görüldüğünde ödemeli akreditifte, belgelerin ibrazından itibaren beş iş günü içinde banka ödeme yapmaktadır, ertelemeli ödemeli akreditifte ise ödeme akreditifte belirlenen zamanda yapılmak zorundadır. Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 346-347; Kostakoğlu, s. 1096, Reisoğlu, s. 46; Doğan, s. 56-57.

## SONUÇ

Akreditif, uluslararası ticarete özgü bir kavram olup ticari ilişkinin her iki tarafı açısından da karşılıklı edimsel yükümlülüklerin ifa edilmesi noktasında güvence teşkil eden bir kurumdur. Akreditif, iki farklı hukuki ilişkinin eş zamanlı olarak varlığını sürdürmesi esasına dayalıdır. Bu ilişkiler, temel ilişki ve akreditif ilişkisidir.

Akreditif sözleşmesinin geçerli şekilde hüküm ve sonuç doğurduğu halde temel ilişki kesin hükümsüz olsa dahi akreditif sözleşmesi temel ilişkiden bağımsız olduğu için amir banka, lehtar satıcıya akreditifte öngörülen koşullarla ödeme yapmakla yükümlüdür. Ancak bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerinin işletilmesi gündeme gelebilir. Temel ilişkiye esas sözleşmede irade fesadı örneğin esaslı yanılma ve aldatma durumları mevcutsa sözleşmenin iptali söz konusu olabilecektir.

Akreditif kurumunun yapısı temel ilişkiye esas akde aykırılığın mevcudiyeti halinde dahi akreditif bedelinin talep edilmesini mümkün kılmaktadır. Akde aykırılık denilince borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi kavramları gündeme gelecektir. Temel ilişkiye esas sözleşmede ayıp kavramının *de lege feranda* olması gereken hukuk kapsamında değerlendirilmesinde; ayıbın sözleşmede kararlaştırılandan makul sayılamayacak şekilde nitelikte farklılık olduğunda ortaya çıkacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Nicelik olarak belirlenenden eksik şekilde yapılan ifa ise ayıplı ifa değil eksik ifa şeklinde değerlendirilmeli dolayısıyla bu durumda gereği gibi ifa etmemenin hüküm ve sonuçlarının doğduğu kabul edilmelidir. Lehtar satıcı, alıcı (amire) kararlaştırılan şeyden başka bir şey teslim ederse bu halde aliud ifanın söz konusu olacağı da Türk Hukuk uygulamasında genel olarak kabul görmektedir.

Türk hukukunda, ödeme talebinin TMK'nın 2/II maddesinde düzenleme bulunan hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecek nitelikte olduğunun saptanması halinde akreditif ilişkisinin temel ilişkiden bağımsızlığının ileri sürülemeyeceği ilkesi kabul edilmiştir. Yine akreditifin temel ilişkiden bağımsızlığının ileri sürülemeyeceği durumların irdelenmesinde; likit kanıtın varlığı halinde doğrudan bankanın ibrazı karşılaktan kaçınabileceği ve alıcının mahkeme kanalı ile alacağı ihtiyati tedbir kararı neticesi ödemenin ifasının durdurulabileceği de kabul edilmektedir.

## KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU**, Kevork, ‘“Aliud” ve Federal Mahkemenin Aliud Üzerindeki Tutumu Üzerine’, İÜMHAD, C: 6, S: 9, 1972.
- ARAL**, Fahrettin / **AYRANCI**, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Yetkin Yayın Evi, Ankara, 2012.
- ATAŞLAR**, Abdullah Harun, *Türk Hukuku ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Satış Sözleşmesinde Aliud*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara, 2019.
- AYDOS**, Oğuz Sadık, *Akreditif*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- BOZKURT**, Sevgi, *Akreditifin Uygulanması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- CİRAY**, Fatma Ceyda, *Akreditifte Bankaların Hukuki Bakımdan Sorumlulukları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜBSE, İstanbul 2009.
- ÇABRİ**, Sezer, ‘*Akreditifte Temel İlişkiden Doğan Borcun Hiç veya Gereği Gibi İfa Edilmemesinin Akreditif İlişisine Etkisi*’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, S: 3, 2016.
- DALGIÇ ATABAŞ**, Nuşen Pelin, ‘*UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı*’, TBB Dergisi 2018 (134).
- DOĞAN**, Vahit, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- EKİCİ**, Akın, ‘*Akreditifte Lehlerin Dürüstlük Kurallarına Aykırı Olarak (Fraud) Bedeli Talep Etmesi ve Bu Durumda Akreditif Bedelini İştiracı (İskonto) Eden Bankanın Hukuki Durumu*’, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt 1, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- GÜNAY**, Gözde Engin, *Türk Hukuku’nda Akreditif*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İTÜSBE, İstanbul, 2013.
- KAYA**, Arslan, *Belgeli Akreditifte Lehlerin Hukukî Durumu*, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1995.
- KOSTAKOĞLU**, Cengiz, *Banka Kredileri, Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar*, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- ÖZEL**, Sibel, *Akreditif ve Hukuki Niteliği*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1991.
- REİSOĞLU**, Seza, ‘*Hukuki Açından Akreditif ve Uygulama Sorunları*’, Bankacılar Dergisi, S: 52, 2005.
- REİSOĞLU**, Seza, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009.
- SARAÇ**, Semih, *Akreditifin Hukuki Niteliği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Haziran 2014.

- SEROZAN**, Rona, ‘*Parça Borcu, Çeşit Borcu; Aşılması Gereken bir Ayırım*’, MHAD, S: 5, s. 212-238.
- SEROZAN**, Rona, ‘*Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku*’, İÜHFİM, C. 58, S. 1-2, 2000.
- SEROZAN**, Rona, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- SEROZAN**, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- TANDOĞAN**, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- TEKİNALP**, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, Yeniden Yazılmış 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- ÜLGEN**, Hüseyin / **HELVACI**, Mehmet / **KENDİGELEN** Abuzer / **KAYA**, Arslan / **NOMER ERTAN**, Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Güncellenmiş 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.
- YAVUZ**, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007.

# Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak İş Kanununa Tabi İşçilerin Kıdeme Esas Hizmet Sürelerinin Hesaplanması

## Calculation of Seniority Period for Employees Subject to Labor Code Comparatively with Turkish Code of Obligations

Arş. Gör. Yasemin MARAŞLI DİNÇ<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Tazminat alacağı, çoğunluğu asgari ücretle geçimini sağlayan işçiler açısından bir hak iken, işverenler açısından ise bir külfet teşkil etmektedir. Bu nedenle her iki taraf açısından da tazminatın doğru hesaplanması, bunun için de öncelikli olarak işçinin kıdemine esas hizmet süresinin belirlenmesi hususu büyük önem arz etmektedir. Özellikle kıdeme esas sürenin başlangıcı ve sonunun, hangi çalışma sürelerinin kıdeme dâhil edileceği, öte yandan hangilerinin edilmeyeceğinin tereddüde yer vermeyecek bir biçimde önceden belirlenmelidir.

Her ne kadar 6098 sayılı TBK'nın 6. bölümünde düzenlenmiş olan genel hizmet sözleşmesine ilişkin bazı düzenlemeler, 4857 sayılı İK'dan birebir alınmış olsa da İK'da yer alan birtakım düzenlemeler TBK'da yer almamıştır. Bu ise iki ayrı kanuna tabi olan işçiler arasında farklı uygulamalara sebebiyet vermiştir. İK'nın daha kapsamlı ve farklı düzenlemeler getirmesi nedeniyle, bu çalışmada, büyük ölçüde İK'ya tabi işçilerin durumlarının incelenmesi bir zorunluluk olmuştur.

### Anahtar Kelimeler:

Kıdeme Esas Hizmet Süresi, Hizmet Süresinin Hesaplanması, Kıdem Tazminatının Hesaplanması, Kıdem Tazminatı, Hizmet Sözleşmesi.

### Abstract:

Damages; when being right for employees who mostly make a living with minimum wage are being a burden for employers. Because of that, it's important for both sides to calculate the seniority period and damages correctly. The beginning and end of the seniority period, in which working periods will be included in the calculation of seniority while others will not be included must be determined in advance.

<sup>(\*)</sup> Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

E-posta: yaseminmarasli@gmail.com.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-5528-0220>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 25.08.2021.

Makale Kabul Tarihi: 03.12.2021.

Although some of the regulations in TBK (Turkish Code of Obligations) No. 6098 Chapter 6 are taken directly from Labor Code No. 4857, several regulations of the Labor Code are not regulated in TBK. As a result of that different implementations emerged for employees as the subject of two different codes. It's obligatory for us to widely examine employees under the Labor Code, as a consequence of the regulations of it being more extensive and different.

### **Keywords:**

Seniority Period, Period of Service, Period of Service Calculation, Calculation of Severance Pay, Severance Pay, Service Contract.

## **GİRİŞ**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan hizmet sözleşmesi ile 4857 sayılı İş Kanunu (İK) düzenlemeleri arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Şöyle ki; 4857 sayılı İK'nın 4. maddesinde belirtildiği gibi, İK kapsamı dışında kalan ve başka bir özel kanun (Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu) kapsamına da girmeyen işçilere, 6098 sayılı TBK genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Aynı zamanda İş Kanunu ve diğer özel kanun hükümlerinin uygulanmadığı bütün durumlarda, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde genel kanun olarak TBK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.<sup>1</sup> Tüm bunlar göz önüne alındığında her iki kanuna tabi işçiler arasında bazı noktalarda benzer hükümlerin uygulandığı görülmektedir. Fakat TBK gereğince hizmet sözleşmesi sona eren işçiye ödenecek tazminatlardan olan ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, haklı fesih tazminatı, haksız fesih tazminatı ve işçinin ölümü halinde ödenecek ölüm tazminatına ilişkin hükümler ile İK'ya tabi işçilere ödenecek olan kıdem tazminatı başta olmak üzere pek çok konuda her iki kanuna tabi işçiler birbirinden ayrılmaktadır.

Çalışmada İK'ya tabi işçilerin kıdeme esas hizmet sürelerinin hesaplanması konusu, yeri geldiğinde TBK'ya tabi işçilerle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ancak bazı düzenlemelerin, örneğin kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeleri, yalnızca İK'ya tabi işçiler için öngörülmüş olması sebebiyle, bu konuyla ilgili yapılan değerlendirmeler, İK'ya tabi işçiler için olacaktır.

## **I. GENEL OLARAK TAZMİNAT HESABINA ESAS SÜRE**

Öncelikle kıdeme esas sürenin başlangıcı ve sonunun tespiti gereklidir. Sürenin başlangıcı hususunda 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde "... işçinin işe başladığı tarihten itibaren..." demekle, sürenin başlangıcı olarak açıkça, işçinin fiilen işe başladığı tarihi kabul etmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak hem öğretilerde hem de Yargıtay'da görüş birliği bulunmakta ve kıdem süresinin başlan-

<sup>1</sup> Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 13. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 474.



gıcı olarak iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, işçinin işe başladığı tarih kabul edilmektedir.<sup>2</sup> Yani asıl olan işçinin fiilen işe başladığı tarihtir.<sup>3</sup> Hatta Yargıtay’ a göre işverenin işi kabulde temerrüde düşmesi veya işçinin hastalanması kıdem süresinin başlangıcını etkilemez.<sup>4</sup> Bunun yanı sıra işçi, iş sözleşmesi yapılmasına rağmen fiilen çalışmaya başlamamış olsa dahi iş görmeye hazır beklemekte ise, kıdem süresinin başlangıcı, sözleşmenin yapıldığı tarihi olacaktır.<sup>5</sup>

İşçinin kıdemine esas sürenin sonu ise iş sözleşmesinin sona erme şekline göre farklılık göstermektedir. Örneğin 4857 sayılı İK’nın 17. maddesinde düzenlenmiş olan bildirimli fesihte, bildirim süresinin sona erdiği tarih, sürenin sonu olarak esas alınmalıdır.<sup>6</sup> Benzer şekilde TBK m.432/2 hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili olarak şu hükümlere yer vermiştir; “*bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer*”. İK m.17/5’te düzenlenmiş olan bildirim süresine ait ücretin peşin ödenmesi suretiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde ise Yargıtay, sözleşmenin derhal sona ereceğini kabul etmiştir.<sup>7</sup> Buna karşın Yargıtay’ın derhal fesih görüşü, işçinin bildirim süresi içinde kazanacağı ikramiye, kıdem tazminatı, zam, yıllık ücretli izin gibi haklardan yoksun bırakılması anlamına geleceğinden öğretilde baskın olarak eleştirilmektedir.<sup>8</sup>

İş sözleşmesinin haklı nedene dayalı olarak derhal feshinde ise sürenin sonu, fesih beyanının karşı tarafa ulaşma anıdır. Yargıtay bu konuda şu ifadelere yer vermiştir: “*Fesih bildirim karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hakimiyet alanına girdiği andır*”.<sup>9</sup> Öğretilde bir kısım yazar

<sup>2</sup> F. Kerim Anadolu, “*Kıdem Tazminatı Koşulları ve İşçinin Kıdemine Hesaplanması*”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 10, 2003, s. 254; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.04.2016 tarih ve 2016/11209 Esas ve 2016/8495 Karar sayılı kararı.

<sup>3</sup> Durmuş Özcan, *İş Hukukunda İşçilik Alacakları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 2.

<sup>4</sup> Yargıtay 7. HD 09.11.2016 tarih ve 2016/28740 Esas ve 2016/18676 Karar sayılı kararı; Yargıtay 7. HD 27.10.2016 tarih ve 2016/15565 Esas ve 2016/17655 Karar sayılı kararı.

<sup>5</sup> Hatice Duygu Özer, “*Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi*”, Çalışma ve Toplum, 2009/2, Sayı 21, s. 126.

<sup>6</sup> Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 20. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 770; Durmuş Özcan, s. 2; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.11.2008 tarih ve 2007/31349 Esas ve 2008/31569 Karar sayılı kararı.

<sup>7</sup> Bkz. Fevzi Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 4. Baskı, Birleşik Matbaacılık, İzmir, 2005, 222 belirtilen kararlar.

<sup>8</sup> Selten Karakurt, “*İş Sözleşmesinin Bildirimli Fesih ile Sona Ermesi*”, www.academia.edu (erişim tarihi 08.09.2017), s. 6; Sarper Süzek, s. 763; Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019. s. 258 vd. Aksi yöndeki görüş için bkz. Özcan, s. 6.

<sup>9</sup> Yargıtay 9. HD 08.02.2010 tarih, 2008/16857 Esas ve 2010/2908 Karar sayılı kararı.

Yargıtay'la aynı doğrultuda sözleşmenin sona erme anı olarak fesih beyanının muhataba ulaştığı anı esas alırken azınlıkta da olsa diğer bir kısım yazar, fesih bildirimının yapıldığı tarihi esas almaktadır.<sup>10</sup> TBK'ya tabi işçiler bakımından TBK m.432'de "... bildirim diğer tarafa ulaşmasından başlayarak..." ifadesine yer verilerek, fesih bildiriminin<sup>11</sup> hüküm ve sonuçlarını karşı tarafa ulaştığı andan itibaren doğuracağı hüküm altına alınmıştır.<sup>12</sup>

Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla, yaşlılık ya da emeklilik veya malul-lük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla veya kadın işçi yönünden evlilik dolayısıyla iş sözleşmesinin feshi halinde sürenin sonu, işçinin fiili çalışmasının sona erdiği tarihtir.<sup>13</sup>

Kıdeme esas sürenin belirlenmesi hususunda son olarak işçinin ölümü haline bakılacak olursa; iş sözleşmesinin işçinin ölümü sebebiyle son bulması halinde sürenin sonu, işçinin öldüğü tarih olacaktır.<sup>14</sup>

İşçinin kıdemine esas sürenin hesaplanmasında hangi çalışma sürelerinin esas alınması gerektiği hususu önem taşımaktadır. Kıdem hesabında işçinin çalışmış olduğu ve İK'nın 55. maddesi gereğince çalışmış sayıldığı sürelerin toplamı dikkate alınmaktadır.<sup>15,16</sup>

İş Kanunu m.55'te yer alan "yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller" de işçinin kıdemine eklenmelidir. Bu madde gereğince fiilen çalışılmamış olmasına rağmen çalışılmış gibi sayılan ve işçinin kıdemine eklenecek olan çalışmalar şunlardır:

<sup>10</sup> Bildirimli fesihte sözleşmenin sona erme anını bildirim yapıldığı tarih olarak kabul eden görüş için bkz. Sarper Süzek, s. 763.

<sup>11</sup> Yenilik doğuran her hak gibi, fesih hakkı da şarta bağlanamaz, bir defa kullanıldıktan sonra geri alınamaz, dönülemez, dürüstlük kuralına aykırı kullanılamaz. Bkz. Fikret Eren, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler", 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 570.

<sup>12</sup> Sabahattin Yürekli, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 188.

<sup>13</sup> Durmuş Özcan, s. 2.

<sup>14</sup> Sarper Süzek, s. 770 vd.; Durmuş Özcan, s. 2.

<sup>15</sup> B. Kerem Gökteş, "Kıdem Tazminatına Esas Sürenin Hesaplanmasında Raporlu ve Ücretsiz İzin Günlerinin Etkisi", İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 1, Cilt 88, 2014, s. 145, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.04.2012 tarih ve 2012/9-303 Esas ve 2012/317 Karar sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.07.2011 tarih ve 2010/50993 Esas ve 2011/27305 Karar sayılı kararı.

<sup>16</sup> Yargıtay içtihatları da buna paralelken, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bozarken 12.02.2014 tarih, 2011/53179 Esas ve 2014/4204 sayılı kararıyla Adana 2. İş Mahkemesinin bir kararını oybirliğiyle bozarak konumuz açısından şu ifadelerle yer vererek aksi bir görüş belirtmiştir: "... İş Kanunu'nun 55/d fıkrasında belirtilen 15 günün, çalışılmış gibi sayılan hal olduğu gerekçesiyle kıdem süresine katılması hatalıdır. Bu konuda yasada açık bir hüküm olmadığı gibi yasada açıkça belirtilmediği takdirde fiilen çalışılmayan sürenin kıdeme eklenmesi de mümkün değildir."

İK m.17'ye göre belirlenecek bildirim sürelerini aşmayan istirahat raporu süreleri.

1. İK m.74'te düzenlenmiş bulunan doğum izinleri.<sup>17</sup>
2. Muvazzaf askerlik dışında manevra veya herhangi kanundan dolayı ödevlendirilmesi dolayısıyla işe gidilemeyen günler.<sup>18</sup>
3. İşyerinde zorlayıcı sebepler dolayısıyla işin aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucunda işçinin, yeniden işe başlamak kaydıyla, çalışmadan geçirdiği sürenin en fazla onbeş günü.
4. İK m.66'da düzenlenen çalışma süresinden sayılan haller.
5. Hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri.
6. Röntgen işlerinde çalışan işçiler için verilmesi gerekli olan pazardan başka yarım günlük izin.
7. İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.
8. Ek 2. maddeye göre verilecek mazeret izinleri.
9. İşveren tarafından verilen diğer izinler.
10. Yıllık ücretli izin süresi.

Bunun dışında kıdeme dâhil olan ve olmayan süreler, kıdeme esas sürenin hesaplanmasında önem arz eden özel hallerin neler olduğu, Yargıtay uygulaması ve öğretici görüşlerinin ne yönde olduğu hususları aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir (Başlık A.1 ve A.2). Örneğin, kıdeme esas sürenin hesabında iş sözleşmesinin askıda bulunduğu haller dikkate alınmaz şeklindeki bir genelleme her zaman doğru olmayacaktır.

## A. Kıdeme Esas Sürenin Belirlenmesi

### 1. Kıdeme Dâhil Olan Süreler

#### a. Deneme Süresi

Hizmet sözleşmesi ve iş sözleşmesi ile taraflar arasında karşılıklı güvene dayalı bir borç ilişkisi kurulacağından, TBK ve İK ile taraflar arasında bu güveni sağlayıcı çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri, TBK m.433

<sup>17</sup> 29.01.2016 tarihinde 6663 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, evlat edinme halinde verilecek izin de çalışılmış gibi sayılan hallerden olacak ve işçinin kıdemine eklenecektir.

<sup>18</sup> Bu sürelerin en fazla doksana güne kadar olan kısmı işçinin kıdemine dâhil edilebilmektedir.

ile İK m.15'te düzenlenmiş olan deneme süreli iş sözleşmeleridir. Tarafların belirli bir süre tespit ederek, bu süre içerisinde birbirlerini denemelerini kararlaştırmaları halinde, deneme süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilecektir.<sup>19</sup> Yargıtay, bir kararında deneme süresi için şu ifadeleri kullanmıştır: “Deneme süresi, hizmet sözleşmesine konulacak bir hükümlerle; işçinin çalışma şartlarını görmesi, sözleşme ile üstlenilen işin somut duruma uygunluğu ve işi yapabilme becerisini anlaması, işverenin ise işçinin sözleşme ile üstlendiği işi yapabilme yeteneğini, verimini ölçen bir süredir”.<sup>20</sup>

Deneme süresi ile işveren, işçinin işe yatkınlığı, yetenekleri, bilgisi konusunda fikir sahibi olurken, işçi ise çalışma koşullarının beklentilerine uygun düşüp düşmediğini bu süre içerisinde test edebilme imkânına sahip olmaktadır.<sup>21</sup> Deneme süreli sözleşme ile bir yandan işçinin verimi ve yetenekleri konusunda bilgi sahibi olması sağlanan işverenin çıkarları korunurken, diğer yandan işyerindeki uygulamaları görerek işin kendisine uygunluğunu test etmesi sağlanan işçinin çıkarları karşılıklı olarak korunmaktadır.

Deneme süresini düzenleyen İK m.15/f.1'e göre deneme süresi en çok iki ay olarak kararlaştırılabilir ancak bu süre, toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar uzatılabilir. Öğretide bu maddenin, iş hukukunun genel bir ilkesi olan nispi emredici hükümlerin ancak işçi lehine değiştirilebileceğine ilişkin esasa aykırılık teşkil ettiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.<sup>22</sup> TBK m.433/f.1 ile de iki ayı aşmamak koşuluyla deneme süresinin konulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu tartışmaların yanında bir de hem iş sözleşmesiyle hem de toplu iş sözleşmesiyle deneme süresinin belirlenmiş olup toplu iş sözleşmesindeki sürenin daha uzun olduğu durumlarda hangi sözleşme hükmünün uygulanacağı konusu önem taşımaktadır. Böyle bir durumda 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 36. maddesi gereğince iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri esas alınmalıdır.<sup>23</sup>

Deneme süreli iş sözleşmelerinin tanımına ve işçi ve işveren açısından yararlarına değindikten sonra çalışmanın asıl konusu olarak deneme süresinde geçen sürelerin kıdeme esas sürenin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı sorunu husu-

<sup>19</sup> Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Basım, İstanbul, 2014, Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 73, Salim Yunus Lokmanoğlu, “Deneme Süreli İş İlişkisi”, TAAD, Yıl 7, Sayı 24, 2016, s. 622-623.

<sup>20</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 10.12.2013 tarih ve 2013/9215 Esas ve 2013/28777 Karar sayılı kararı.

<sup>21</sup> Süzek, s. 254, Narmanlıoğlu, s. 237; E. Tuncay Senyen Kaplan, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 71.

<sup>22</sup> Bektaş Kar, “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010, s. 21-22; Süzek ise anılan eserinde bu durumun “aykırılık” değil, bir “istisna” olarak nitelendirmektedir (s. 254).

<sup>23</sup> Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “Deneme Süreli İş Sözleşmeleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, Cilt 11, 2012, s. 56-57.

sunda; hem öğretilerde hem Yargıtay ilke kararlarında kabul edildiği üzere deneme süresi de işçinin kıdemine eklenmelidir.<sup>24</sup> Zira deneme süreli iş sözleşmesi, tarafların sözleşme serbestisi içerisinde, kanunun öngördüğü koşullar altında imzaladığı bir tür iş sözleşmesidir. Sözleşmenin imzalanmasından itibaren taraflar işçi ve işveren sıfatlarından kaynaklanan hak ve yükümlülükler de işlemeye başlayacaktır.<sup>25</sup>

Son olarak belirtmek gerekir ki, İK m.15/f.2 ve TBK m.433/f.1'deki düzenleme gereğince taraflar, deneme süresi içerisinde iş sözleşmesini bildirim süresine ihtiyaç olmaksızın ve tazminatsız feshedebilme hakkına sahiptir. Bu fesih hakkı kullanılmadığı takdirde sözleşme, deneme süresi de dâhil olacak şekilde kesin bir iş sözleşmesi niteliği kazanacaktır.<sup>26</sup> Diğer taraftan bu süre içerisinde sözleşmenin feshedilmesi halinde, İK m.15/f.2'nin ikinci cümlesi ile TBK m.433/f.2'de belirtildiği üzere işçinin, çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları saklıdır. Bunun bir sonucu olarak işçiye, iş görme edimi karşılığında hak ettiği ücret yanında deneme süresi içerisinde hak kazandığı hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, fazla çalışma ücreti ödenmelidir.<sup>27</sup> Madde metninde geçen “diğer haklar”a, koşullara göre ikramiye, prim gibi ödemeler ile sosyal yardımlardan yararlandırılması dâhildir.<sup>28</sup> Böylece deneme süresi içerisinde sözleşmenin feshedilmesi halinde işçinin çalıştığı süreye ait ücret ve diğer haklar ayrı bir özellik göstermeksizin, işyerindeki diğer işçilerle eşit olacak şekilde ödenmelidir.

### **b. Yıllık Ücretli İzin**

Anayasa'nın 50. maddesinde çalışanların dinlenme hakkı anayasal bir hak olarak tanınmış, aynı maddenin 4. fıkrasında ise bu hakkın kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Nitekim TBK m.422 ile İK'nın 53. maddesi, anayasal bir hak olan dinlenme hakkının bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanundaki tanımından yola çıkarak yıllık ücretli izni; işe başladığından itibaren dinlenme süresi de dâhil en az bir yıl çalışmış olan işçiye tanınmış vazgeçilemez ve devredilemez nitelikte bir dinlenme hakkı olarak tanımlamak mümkündür.

Türk Borçlar Kanunu m.422'ye göre; “İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.” Aynı şekilde İK m.53/4'te

<sup>24</sup> Süzek, s. 256; Cumhur Sinan Özdemir, *İş Kanunu'na Göre İşveren ve İşçi Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 43. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.2017 tarihli ve 2014/2513 Esas ve 2017/12 Karar sayılı kararı; Yargıtay 7. Dairesinin 15.02.2016 tarih ve 2015/38005 Esas ve 2016/3033 Karar sayılı kararı.

<sup>25</sup> Vedat Laçiner, “Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Sayı 23, Cilt 17, 2012, s. 365.

<sup>26</sup> Senyen Kaplan, s. 72.

<sup>27</sup> Senyen Kaplan., s. 72.

<sup>28</sup> Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 32. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2019, s. 227 vd.

hizmet sürelerine göre işçilere verilecek yıllık ücretli izin süreleri gösterilmiştir.<sup>29</sup> Aynı maddenin beşinci fıkrasında ise dördüncü fıkraya onsekiz yaşındaki ve daha küçük işçilerle 50 yaşındaki ve daha yukarı yaştaki işçiler için bir istisna getirilmiş, bu işçilere 20 günden az yıllık ücretli izin verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. İşçinin bu madde hükümleri gereğince hak edip kullanmadığı ve iş sözleşmesi de herhangi bir nedenle sona erdiği hallerde işçiye, bu süreye karşılık yıllık izin ücreti ödenecektir.

Öte yandan aynı maddenin son fıkrasında bu sürelerin, bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle artırılabilmesine hükmedilmiştir. Bunun aksi, yani bireysel ve toplu iş sözleşmeleriyle kanuni sürelerden daha az bir sürenin belirlenmesi ise mümkün değildir.

Yıllık ücretli izin hakkının hukuki niteliği konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide ağırlıklı görüş, işverenin işçiyi gözetme borcuna<sup>30</sup> dayalı bir hak olduğu yönündedir.<sup>31</sup>

Yıllık izinde geçirilen bu süreler işçinin kıdemine eklenip eklenemeyeceği sorusuna olumlu cevap vermek mümkündür. İşçi yıllık izin süresince yasal sınırlar içerisinde çalışmadan, dinlenerek geçirdiği bu sürelerle ait ücretini tam olarak almaya devam etmektedir. Zira bu süreler, İK m.55 gereğince işçinin çalışılmış gibi kabul edilen sürelerine dâhildir. İşçi, anayasal bir hakkı olan dinlenme hakkını kanuni hükümler çerçevesinde kullanmakta iken, iş sözleşmesinden kaynaklı ücret ve diğer hakları sözleşme hükümlerine uygun olarak aynı şekilde devam etmektedir.

### c. Ulusal Bayram ve Genel Tatiller

Bir iş sözleşmesine bağlı olarak bir işyerinde çalışan işçinin yine dinlenme hakkı kapsamında, İK m.44 gereğince ulusal bayram ve genel tatil hakkı ile TBK m.421 ve İK m.46 gereğince hafta tatili hakkı bulunmaktadır.

Ulusal bayram ve genel tatil ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler 17.03.1981 tarihli ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun ile getirilmiştir. Kanunun ilk maddesine göre sadece 29 Ekim Cumhuriyet Bayramı ulusal bayram olarak sayılmıştır. Aynı maddenin devamında bayramın 28 Ekim günü saat 13.00'dan itibaren başlayacağı ve 29 Ekim günü de devam edeceği belirtilmiştir. Aynı kanunun 2. maddesinin son fıkrası ise sadece 29 Ekim günü için özel işyerlerinin kapatılması zorunluluğu getirilmesi dolayısıyla işçiler o gün için dinlenme hakkına sahip olacaktır.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> İşçinin yıllık ücretli izne esas alınacak kıdeminin hesaplanmasında İK m.55'te düzenlenmiş olan çalışılmış gibi sayılan haller de dikkate alınacaktır.

<sup>30</sup> Bu düşünce Türk hukukuna "sosyal koruma teorisi" / "işçiyi gözetmeye dayandıran görüş" biçiminde aktarılmıştır. Ercan Akyiğit, *1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 57.

<sup>31</sup> Turhan Esener, *İş Hukuku*, İnternet Baskısı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 210; Narmanlıoğlu, s. 702.

<sup>32</sup> Tunçomağ/ Centel, s. 172.

2429 sayılı Kanunda, resmi ve dini bayram günleri<sup>33</sup> ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 25/10/2016 tarihli ve 6752 sayılı Kanun ile eklenen 15 Temmuz günü<sup>34</sup> genel tatil olarak sayılmıştır.

Aynı kanun gereğince, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir, mahiyetleri gereği sürekli görev yapması gereken kuruluşların özel kanunlarındaki hükümleri ise saklı tutulmuştur. Bunun yanı sıra Cumhuriyet Bayramı için genel tatil günlerinden farklı olarak resmi daire ve kuruluşların yanı sıra özel işyerlerinin kapatılması zorunluluğu da getirilmiştir. İK m.44 ise, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılıp çalışılmayacağına toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle kararlaştırılacağı düzenlenmiş ve devamında bu sözleşmelerde herhangi bir hüküm bulunmaması halinde ise söz konusu günlerde çalışma için işçinin onayı aranmıştır. Bu hüküm gereğince işçi, bu günlerde çalışmaya zorlanamaz.<sup>35</sup>

Hafta tatili ise 02.01.1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun ile düzenlenmiş iken, 1 Temmuz 2017 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 7033 sayılı “Sanayinin Geliştirilmesi ve Üretimin Desteklenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 1. maddesiyle bu Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durum kamuoyunda, hafta tatilinin cuma gününe alındığı veya hafta tatilinin tamamen kaldırıldığı gibi yanlış düşüncelerin oluşmasına neden olmuştur. Oysaki hafta tatili, en başta Anayasa’da dinlenme hakkı kapsamında olmak üzere diğer bazı kanunlarda da güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla 7033 sayılı Kanunun 394 sayılı Hafta Tatili Kanununu yürürlükten kaldırılmış olması ne hafta tatilinin cuma gününe alındığı ne de hafta tatilinin tamamen ortadan kaldırıldığı anlamına gelmemektedir.

İş Kanunu’nun hafta tatilini düzenleyen 46. maddesi hükmüne göre; “*Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63’üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir.*” O halde haftalık normal çalışma süresinin iş günlerine eşit dağıtılıp dağıtılmadığına bakılmaksızın haftanın iş günlerinde kırk beş saat çalışmış yahut çalışmış sayılan işçi hafta tatiline hak kazanmaktadır.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> 2429 sayılı kanun gereğince resmi bayramlar şunlardır: 1. 23 Nisan Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 2. 19 Mayıs Atatürk’ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı, 3. 30 Ağustos Zafer Bayramı. Dini bayramlar ise: 1. Ramazan Bayramı, 2. Kurban Bayramı.

<sup>34</sup> 6752 sayılı Kanun ile değiştirilen 2429 sayılı Kanunun m.2/1-C fıkrasında 15 Temmuz günü, 15 Temmuz Demokrasi ve Milli Birlik Günü olarak anılmıştır.

<sup>35</sup> Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 149; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 748.

<sup>36</sup> Ali Ekin, “*Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri*”, Prof. Dr. Sarper Sözek’e Armağan, Cilt 2, Beta Basım, İstanbul, 2011, s. 1389.



İş Kanunu m.47’de, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde tatil yapan işçilere, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretlerinin tam olarak ödeneceği, tatil yapmayıp fiilen çalışanlara ise ayrıca her gün için bir günlük ücretinin ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Ulusal bayram ve genel tatil gününün hafta tatiline rastlaması halinde ise işçiye nasıl bir ödeme yapılacağı hususu mevzuatımızda açıkça belirlenmemiştir. Öğreti ve uygulamada ise işçinin bir günlük tatil ücretine hak kazanacağı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>37</sup>

İşçinin bu şekilde dinlenme hakkı kapsamında tatil yaparak geçirdiği hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin ise kıdeme esas süre bakımından değerlendirileceği muhakkaktır. Bu tatil günleri daha önce de ifade edildiği üzere işçinin, anayasal bir hakkı olan dinlenme hakkının bir uzantısı olup kıdemi kesintiye uğratacak nitelikte değildir. Tatil günleri, İK m.55 uyarınca çalışılmış gibi sayılan hallerde dâhildir. Dolayısıyla işçinin çalışmadan geçirdiği bu dinlenme günleri de kıdeme esas sürenin hesaplanmasında dikkate alınmalıdır.

#### **d. Sağlık Sebebiyle Raporlu Olunan Günler**

İşçinin hastalanması, kaza geçirmesi gibi nedenlerle doktordan aldığı raporda belirtilen süre boyunca işyerinde çalışma yükümlülüğü bulunmamaktadır. TBK m.423/f.2’ye göre; “İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz”. Aynı maddenin ilk fıkrasında ise işgörme ediminin işçinin kusurundan kaynaklanan bir sebeple yerine getirilememesi halinde, çalışılmayan her bir tam ay için, yıllık izin süresinden bir gün indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Kanun ifadesinden anlaşıldığı üzere, böyle bir durumda, yıllık izin süresinden indirim yapılması işverenin takdirindedir. İkinci fıkra uyarınca çalışılmayan en çok üç aylık sürenin işçinin kıdem hesabında dikkate alınması gerekirken, işçinin kusurundan kaynaklanan bir sebeple işgörme ediminin yerine getirilmemesi durumunda çalışılmayan sürenin, kıdem hesabında dikkate alınmamalıdır.

İş Kanunu m.25/f.1-b uyarınca ise işçinin kendi kusurundan kaynaklanmayan hastalık veya kaza hallerinde 17. maddeye göre belirlenecek ihbar sürelerine altı hafta eklenerek hesaplanan süre boyunca iş sözleşmesi askıda olacaktır.<sup>38</sup> Bu sürelerin geçmesinden sonra işveren, dilerse fesih hakkını kullanabilir, bu hakkını kullanmadığı takdirde ise iş sözleşmesinin askı hali devam edecektir.<sup>39</sup>

İş sözleşmesinin askıda olduğu süreler genel kural olarak kıdeme dâhil edilmemesine rağmen, bir askıda bulunma hali olarak işçinin raporlu geçen günle-

<sup>37</sup> Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, s. 748.

<sup>38</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 209; Süzek, s. 508.

<sup>39</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 209.

rinin kıdem süresine ilave edilmesi belli şartlarda mümkündür. Yargıtay'a göre; "İşçinin çalıştığı sırada bir defada ihbar önelini 6 hafta aşan istirahat raporu süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağı, kararlılık kazanmış Yargıtay uygulamasıdır. Ancak bu süreyi aşmayan istirahat raporlarının kıdem süresinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır".<sup>40</sup>

Buna göre makul süre olarak nitelendirilebilecek istirahat raporu süresi işçinin kıdemine dâhil edilirken, daha uzun süreli istirahat raporu süreleri kıdeme dâhil edilememektedir.<sup>41</sup> Aynı şekilde bildirim süreleri + altı haftalık süreyi aşmayan istirahat raporu süreleri de İK m.55'te sayılan çalışılmış gibi sayılan hallerden biridir. Öyleyse İK 17. maddesine göre belirlenen süreye altı hafta eklenecek elde edilen ve makul süre olarak niteleyebileceğimiz istirahat raporu süreleri işçinin kıdemine eklenebilecekken, bu sürelerden fazla tek bir gün dahi işçinin kıdeminde dikkate alınmamalıdır.

İşçinin aralıklarla istirahat raporu alması ve her rapor süresinin makul süreyi aşmaması durumunda raporlu geçirilen günler yine de işçinin kıdemine eklenebilecektir. Zira böyle bir durumda "bir defada ihbar önelini altı hafta aşmamış olma" şartı yerine gelmiş olacaktır. İşçi, makul süreyi aşmayan istirahat raporu süresinin bitiminden sonra en az bir gün dahi işe gelip çalışmış olsa ve bunu birkaç kez tekrarlamış olsa, burada ancak işverenin İK'nın 18. maddesi gereğince iş sözleşmesini fesih hakkı gündeme gelebilecektir.<sup>42</sup>

#### **e. Boşta Geçen Süre**

İş Kanunu kapsamındaki bir işçinin işe iade davası sonucu işe iadesine karar verilen işçiye ödenmesi öngörülen ücret ile ilgili düzenleme İK m.21/f.3'te şu şekilde yer almıştır; "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir." Öğretide ve yargı kararlarında bu süre "boşta geçen süre" olarak adlandırılmaktadır.<sup>43</sup>

İşe iade davası sonucu kesinleşmiş mahkeme kararıyla işe iadesine karar verilen işçi, kanun hükmü gereğince çalışmadan geçirdiği döneme ilişkin en çok dört aya kadar ücret ve diğer haklarını alabilmektedir. Öte yandan işe başlama talebine

<sup>40</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 17.04.2017 tarih ve 2017/7220 Esas ve 2017/8676 Karar sayılı kararı; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 02.03.2017 tarih ve 2017/5444 Esas ve 2017/4135 Karar sayılı karar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.2017 tarih ve 2015/9-726 Esas ve 2017/24 Karar sayılı kararı.

<sup>41</sup> Göktaş, s. 146.

<sup>42</sup> Selahattin Bayram, "İşçinin Birden Fazla Rapor Alması ve Her Rapor Aralığında Çalışması Durumunda İhbar Öneleri +6 Haftanın Hesaplanması", Mali Çözüm Dergisi, Sayı 107, 2011, s. 245-246.

<sup>43</sup> Ünal Ertaç, *Hukuk Defteri, Sayı 3, 4 ve 5 (Tek Cilt)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 573; Cumhur Sinan Özdemir, "İşe İade Davası ve Sonuçları", Çimento İşveren Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2011, s. 34.

rağmen işveren tarafından işe başlatılmaması şartıyla, yine en çok dört aya kadar geçen süre, işçinin kıdeminin hesabında dikkate alınmaktadır.<sup>44</sup> Yargıtay da, “İşe iade kararı sonrasında boшта geçen 4 aylık sürenin kıdeme eklenmesinin ön koşulu işe başlatılma talebi ve fakat işe başlatılmamaktır”.<sup>45</sup> ifadeleriyle bunu desteklemektedir. Zira açmış olduğu işe iade davasını kazanan işçinin işveren tarafından işe başlatılması durumunda, işverenin feshinin geçersizliği tespit edilmekle iş sözleşmesi kaldığı yerden devam edecek; işçinin kıdemi hiçbir kesintiye uğramayacaktır.

## 2. Kıdeme Dâhil Olmayan Süreler

### a. Grev ve Lokavta Geçen Süreler

Hem grevin hem de lokavtın tanımı 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda verilmiştir. STİSK önce genel bir tanım vermiş sonrasında kanuna uygun grev ve lokavtın ne olduğunu açıklamıştır. STİSK m.58/f.1’e göre grev; işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarındır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise kanuni grev; toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan grevdir.

Yine aynı Kanun m.59/f.1’e göre lokavt; işyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasıdır. Maddenin ikinci fıkrası ise yine kanuni lokavtın tanımına yer vermiştir. Buna göre kanuni lokavt; toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması ve işçi sendikası tarafından grev kararı alınması hâlinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan lokavttır.

Kanuna uygun-kanun dışı diye bir ayırımın yapılması, iş sözleşmelerinin feshi hakkına sebep olması noktasında önem kazanmaktadır. Şöyle ki; kanun dışı grev yapan işçilerin iş sözleşmelerinin feshi işveren açısından bir haklı neden teşkil ederken, kanun dışı lokavt ise işçi açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine bir neden oluşturmaktadır.<sup>46</sup> Aksi halde, başka bir anlatımla kanuni grev

<sup>44</sup> Abbas Bilgili, “İşe İade Davası Lehine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda Kıdem Tazminatı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 7, Sayı 27, Eylül, 2012, s. 70.

<sup>45</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 15.04.2015 tarih ve 2014/939 Esas ve 2015/14456 Karar sayılı kararı; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 04.02.2014 tarih ve 2013/38287 Esas ve 2014/1455 Karar sayılı kararında da şu ifadelere yer vermiştir; “... davacının fiili hizmet süresi 01.03.2004-14.11.2008 tarihleri arasında geçmiş olup, 4 yıl, 8 ay, 14 gündür. Bu süreye, dört aylık boшта geçen süre ilavesiyle hesaplamaya esas alınması süre 5 yıl, 14 gündür. Hal böyleyken, hesaplamalarda 6 yıl, 14 günlük sürenin esas alınması hatalı olmuştur.”

<sup>46</sup> A. Can Tuncay/ Burcu Savaş Kutsal, *Toplu İş Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 417-418, 439.

ve lokavt süresince işçilerin iş sözleşmeleri, STİSK m.67/f.1'e göre grev ve lokavt süresi boyunca askıda kalacaktır. Aynı şekilde, kanun dışı greve katılan işçinin iş sözleşmesini süresi içinde feshetmeyen işverenin bu haktan feragat ettiği kabul edilmelidir. Böyle bir durumda, kanun dışı grev ve lokavt nedeniyle haklı fesih hakkından feragat edilmesi halinde, kanun dışı grev ve lokavt süresince de iş sözleşmesinin askıda olduğunu kabul etmek gerekir.

Kanuni grev ve kanuni lokavt boyunca işçinin çalışmadığı günlerin kıdemine dâhil edilmesi ise mümkün değildir. STİSK m.67/f.3 bu durumu kıdem tazminatı hesabı bakımından açıkça ifade etmiştir. Aynı maddenin son cümlesi, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerine aksine bir hüküm konulamayacağını hükmetmekle, bunun aksinin taraflar anlaşsa dahi kararlaştırılmayacağını kesin bir şekilde ifade etmiştir. Yargıtay da pek çok kararında “*grev ve lokavta geçen süreler kıdem süresine eklenemez*” ifadesini kullanmıştır.<sup>47</sup>

### **b. Ücretsiz İzinde Geçen Süreler**

Kanunda tek ve ayrı bir maddeyle ücretsiz izin düzenlenmemiş, daha çok öğreti ve yargı kararlarıyla şekillenmiştir. Öğretide de ücretsiz izin konusu, iş sözleşmesinin askıya alınması hali olarak değerlendirilmekte, bunun bir alt başlığı olarak ele alınmaktadır.<sup>48</sup>

Kanunda yer almış olan ücretsiz izinler olarak; yıllık ücretli iznini işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olan yol izni, doğum yapan kadın işçiye<sup>49</sup> verilen ücretsiz izin ve diğer mazeret izinleri sayılabilir.<sup>50</sup>

Yol izni, İK m.56/f.6'da şu şekilde düzenlenmiştir; “*Yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır.*” Buna göre kanun, yol izni için üç şart aramıştır. Birincisi; işçi, aldığı yıllık ücretli izni, işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olmalıdır. İkinci olarak; işçinin yol izni almak için istemde bulunmalıdır. Son olarak işçinin bu hususu belgelendirmesi koşulu aranmıştır. Bu üç şartın varlığı halinde işçiye, gidiş ve dönüş için toplamda en çok dört gün ücretsiz izin verilebilmektedir.

<sup>47</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 27.02.2017 tarih ve 2017/5621 Esas ve 2017/3914 Karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.04.2013 tarih ve 2012/9-1372 Esas ve 2013/500 Karar sayılı kararı.

<sup>48</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 210; Süzek, s. 503-506.

<sup>49</sup> 29.01.2016 tarihinde 6663 sayılı Kanun ile İK m.74'e eklenen ikinci fıkra ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere de istekleri halinde ücretsiz izin verileceği hükmedilmiştir.

<sup>50</sup> Burçin Bayındır, “*4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Ücretsiz İzin Uygulaması*”, 2013, [http://www3.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/itkb/dosyalar/yayinlar/yayinyay2013/edud\\_6](http://www3.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/itkb/dosyalar/yayinlar/yayinyay2013/edud_6) (erişim tarihi 02.10.2017).

Doğum sonrası analık izninin bitiminden sonra kadın işçiye ve üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere verilecek ücretsiz izin İK m.74/f.2’de, doğum yapan kadın işçiye verilecek ücretsiz izin ise İK m.74/f.6’da düzenlenmiştir. 6663 sayılı Kanun ile eklenen İK m.74/f.2 fıkrası, m.74/f.6’dan farklı olarak işçiye, izin süresi içerisinde kısmi süreli çalışmaya devam edebilmesine olanak tanımaktadır. Evlat edinme halinde kadın ve erkek işçiye verilecek ücretsiz izin ise yine 6663 sayılı Kanun ile getirilen bir yenilik olup, ayrıca hem m.74/f.2’de hem de m.74/f.6’da bu düzenleme yer almıştır.

İş Kanunu m.55’te, m.74 gereğince verilecek olan izinlerin çalışılmış gibi sayılan sürelerle dâhil olduğu açıkça belirtilmiştir. Yol izninin ise, yine İK m.55’te yer alan, işveren tarafından verilen diğer izinler kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Öyleyse işçinin aldığı ücretsiz izinler de çalışılmış gibi sayılan hallerden olup, işçinin kıdemine eklenmesi gerekmektedir.

Mazeret izinleri; evlenme izni, ölüm izni, analık izni, süt izni ve diğer izinler olarak sayılabilir.<sup>51</sup> 2015 yılına kadar bu izin sürelerine ilişkin Kanun’da ayrı bir düzenleme mevcut değildi. Bu nedenle İK m.46 ve 55 hükümlerinden hareketle bu izinlere uygulanacak hükümler belirleniyordu. Ancak 2015 yılında 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İK’ya eklenen “ek madde 2” ile bu izinlerin ücretli izin olduğu açık bir şekilde ifade edilerek şu düzenlemeye yer verilmiştir: “İşçiye; evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün ücretli izin verilir. İşçilerin en az yüzde yetmiş oranında engelli veya süregelen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde, hastalık raporuna dayalı olarak ve çalışan ebeveyninden sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla, bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde on güne kadar ücretli izin verilir”.

Ek madde 2’de sayılan bu izinler, ücretsiz izin kapsamında değerlendirilemez. Ancak, bu madde de İK m.55’te sayılan çalışılmış gibi sayılan haller kapsamına girdiğinden, işçinin bu maddeye dayanarak kullandığı izin günleri de kıdem hesabında dikkate alınmalıdır.

### c. Tutuklulukta ve Hükümlülükte Geçen Süreler

Tutukluluk hali, suç işlediğine dair somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi altında bulunan kişinin, somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi altında bulunması durumunda hâkim tarafından yargılama esnasında cezaevinde bulundurulmasına karar verilmesi halidir. Buna karşın hükümlülük ise, yargılama sonucunda suçu işlediğine kanaat getirilen kişinin, kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla cezaevinde bulundurulmasıdır. İkisi arasındaki en önemli fark ise; tutuklulukta kişinin henüz suç işlediği kesin değilken hükümlülükte, kişinin suç işlediği kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabittir.

<sup>51</sup> Bektaş Kar/ Seracettin Gökteş, “Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 6, Haziran, 2007, s. 28-30.

Tutukluluk ve hükümlülük halinin çalışma açısından önemi ise işçinin, bir işyerinde çalıştığı sırada tutuklu yahut hükümlü olması halinde ne yapılacağıdır. Öncelikle böyle bir durumda iş sözleşmesi kendiliğinden sona ermeyecek fakat işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyacaktır. TBK m.435/2'ye göre; “Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır”. İK m.25/f.4’egöre; işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın on yedinci maddeye göre belirlenecek bildirim sürelerini aşması halinde işveren, iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir. İşveren bu hakkı kullanmadığı takdirde ise iş sözleşmesi askıda kalacaktır.<sup>52</sup>

İşçinin tutuklukta ve hükümlülükte geçirdiği sürelerin kıdem hesabında dikkate alınıp alınmayacağı hususunda Kanunda açık bir hüküm mevcut değildir. Yargıtay, kararlılık kazanmış uygulamasıyla “Tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler de kıdem tazminatına esas sürede dikkate alınmaz.”<sup>53</sup> diyerek katı bir tutum sergileyerek işçinin tutuklu ve hükümlü olduğu süreleri kıdeme dâhil etmemektedir. Ancak böyle bir durumda işçinin devamsızlığının hiç olmazsa bildirim süresi kadar olan kısmının kıdemine eklenmesi daha doğru olacaktır.<sup>54</sup>

#### **d. Çıraklıkta ve Stajyerlikte Geçen Süreler**

Çıraklık ve stajyerlik, İK’da düzenlenmemiştir. Çırağın tanımı 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı üçüncü maddesinde yapılmıştır. Buna göre çırak; çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişidir. Kanunun 13. maddesi gereğince, bu Kanuna tabi çıraklara TBK’nın çıraklık sözleşmesine ilişkin hükümler ile İK’nın iş sağlığı ve güvenliği dışındaki diğer hükümleri uygulanamayacaktır. İK m.4 de paralel bir düzenlemeyle bu İK hükümlerinin, iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak kaydıyla çıraklar hakkında uygulanamayacağına hükmetmiştir. Mesleki Eğitim Kurulu tarafından MEK dışında tutulan işyerlerinde çalışan çıraklara TBK’nın çıraklara ilişkin hükümler uygulanacaktır.<sup>55</sup>

Stajyer ise; meslek hakkında teorik bilgilere sahip olup, işyerindeki uygulamaları izleyerek pratik bilgilerini geliştiren kişidir<sup>56</sup> Yukarıda ifade edildiği üzere stajyerlere de İK’nın sadece iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinin uygulanması mümkündür.

<sup>52</sup> Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 209.

<sup>53</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 27.02.2017 tarih ve 2017/5621 Esas ve 2017/3914 Karar sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.2017 tarih ve 2015/9-726 Esas ve 2017/24 Karar sayılı kararı.

<sup>54</sup> Rabiye Yaman, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Fevzi Şahlanan’a Armağan, Cilt 2, İstanbul, 2016, s. 778.

<sup>55</sup> Süzek, s. 137.

<sup>56</sup> Süzek, s. 140.



Çıracılar ve stajyerlerin her ikisi de esas itibariyle işçi statüsünde değildir ve çerçeve olarak İK'ya tabi değildir. Bu nedenle bu kişilerin çıracılık ve stajyerlikte geçen sürelerinin kıdem hesabında dikkate alınması mümkün değildir. Yargıtay da pek çok kararında bu hususu vurgulamıştır.<sup>57</sup>

#### e. Askerlikte Geçen Süreler

Askerlik hizmeti 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanun'un ilk maddesi uyarınca, Türk vatandaşı her erkek bu vatan hizmetini Kanun hükümleri uyarınca yerine getirmekle yükümlüdür. Bu ödevin ne zaman ve ne şekilde yerine getirileceği 1111 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

İş Kanunu m.31'de askerlik ve kanun doğan diğer çalışmalar nedeniyle işten ayrılan işçinin hukuki durumu düzenlenmiştir. Kanunda geçen muvazzaf askerliğin tanımı doğrudan ne İş Kanunu'nda ne de Askerlik Kanunu'nda yer almasa da Askerlik Kanunu m.3'te şöyle bir düzenleme bulunmaktadır: “*Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır.*” Öyleyse muvazzaflık, askerlik çağının bir kısmı olup, vatani hizmetin fiilen yerine getirildiği dönemi ifade etmektedir.

Askerlik aynı zamanda anayasal bir hak ve ödevdir. Anayasa'nın 72. maddesine göre; “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*” Bu ödevini her erkek yaşamının bir bölümünde yerine getirmek zorundadır.<sup>58</sup> İşçinin bu dönemde işten ayrılmasının zorunlu olduğunu göz önünde bulunduran kanun koyucu birtakım düzenlemeler getirmiştir. Öncelikle İK m.31 hükmü “*Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin...*” şeklindeki ifadeyle muvazzaf askerlik haricinde geriye kalan ödevler için, iş sözleşmesinin askıda kalacağı bir süre öngörmüştür. Buna göre Kanun'da belirtilen şartlar dâhilinde, muvazzaf askerlik hizmeti dışında, iş sözleşmesi, iki aydan doksan güne kadar askıda kalacak ve bu askı süresinin bitiminde iş sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir.

Muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işyerinden ayrılmak zorunda kalan işçiler için ise böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak İK m.9'daki sözleşme serbestisi içerisinde taraflar, işçinin muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla çalışmadığı günlerde iş sözleşmesinin askıda olacağını kararlaştırabilmelidirler. Yargıtay da aynı yönde düşünmekte ve 2008 tarihli bir kararında şöyle demektedir-

<sup>57</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 27.02.2017 tarih ve 2017/5621 Esas ve 2017/3914 Karar sayılı kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.2017 tarih ve 2015/9-726 Esas ve 2017/24 Karar sayılı kararı.

<sup>58</sup> 1111 sayılı Kanun, sadece muvazzaf askerliği düzenlenmemiştir. Kanun'un 10. maddesinin 4. fıkrasında bedelli askerlik düzenlemesi karşımıza çıkmaktadır. Kanun'da belirtilen esaslar ve şartlar doğrultusunda kişiler, askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılmaktadır.



dir: “... taraflarca kararlaştırılmadığı sürece muvazzaf askerlikte geçen sürede iş sözleşmesinin askıda olduğundan söz edilemez”.<sup>59</sup>

Yine İK m.31/f.4 hükmü ile hiçbir sınırlama yahut ayırım gözetilmeksizin, iş sözleşmesi askerlik nedeniyle sona eren işçinin, askerlik ödevinin bitiminden itibaren iki ay içinde eski işverenlerine başvurmaları koşuluyla, önceki işyerlerinde çalışma olanağı tanınmıştır.<sup>60</sup> Burada da askerlik hizmetini yerine getirip eski işyerlerine dönen işçilerin, askerlikte geçirdikleri sürenin kıdemine eklenip eklenebileceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. İK m.55 hükmü çalışılmış gibi sayılan sürelerden biri olarak da şuna yer vermiştir: “İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.)” Öyleyse İK m.55 kapsamında muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla işe gidilemeyen günler işçinin kıdem hesabında dikkate alınamayacaktır. Ancak Yargıtay, yerleşmiş uygulamasıyla, işçinin kıdeme esas süresine askerlik hizmetinin eklenebilmesini belli koşullar altında mümkün kılmıştır. Yargıtay’a göre işçinin askerlik borçlanmasının kıdeme esas süreye eklenmesi iki şartın gerçekleşmesi halinde mümkündür: “... askerlik borçlanmasının yapılması ve ayrıca iş sözleşmesinin kamu kuruluşunda çalışır iken emeklilik suretiyle sonlanması gerekmektedir”.<sup>61</sup>

Borçlanılan askerlik süresinin işçinin kıdeme eklenebilmesinin ilk şartı işçinin iş sözleşmesinin kamu kuruluşunda çalışırken sona ermiş olması gerekliliğidir. Yargıtay’a göre, kamu kuruluşunun özelleşmesinden sonra iş sözleşmesi yeni işveren tarafından feshedilirse, işveren kamu kuruluşu niteliğini kaybedeceğinden ötürü yeni işveren, işçinin askerlik borçlanmasına ait kıdeminden sorumlu tutulamamaktadır.<sup>62</sup> İkinci şart ise iş sözleşmesinin emeklilik suretiyle sona ermesi gerekliliğidir. Yargıtay bunu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: “... davacı işçi ... yaşlılık veya malülliük aylığı veya toptan ödemeye hak kazanacak şekilde hizmet sözleşmesini

<sup>59</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 03.11.2008 tarih ve 2007/30382 Esas ve 2008/29755 Karar sayılı kararı.

<sup>60</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 03.11.2008 tarih ve 2007/30382 Esas ve 2008/29755 Karar sayılı kararı ile işçinin eski işine dönmek amacıyla işverene yaptığı başvuruya ilgili şu açıklamalarda bulunmuştur: “Konuyla ilgili dairemiz kararları da muvazzaf askerlik sebebiyle işten ayrılmalarda da ödevin sona ermesini takiben 2 ay içinde işçinin başvurusu üzerine eski işi ya da benzer işlerde boş yer varsa işçinin işe alınması gerektiği yönündedir (Yargıtay 9. HD. 8.11.2004 gün 2004/7607 E., 2004/25022 K.). Bununla birlikte yasada yer alan ve işverenin işe başlatma zorunluluğunu öngören ifadeye rağmen, işe başlatmama yaptırımını son cümlede yazılı olan 3 aylık ücret ödenmesinden ibarettir. İşçinin işe alınmaması durumunda işe iade davası açma hakkı yoktur. Zira taraflarca kararlaştırılmadığı sürece muvazzaf askerlikte geçen sürede iş sözleşmesinin askıda olduğundan söz edilemez. İşverence 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31/son maddesi hükmüne uygun olarak işçinin işe başlatılması, taraflar arasında yeni bir iş ilişkisi kurulması anlamındadır. Başka bir anlatımla 4857 sayılı İş Kanunu’nun 31/son maddesi hükmü, işe iadeyi değil, yeniden iş sözleşmesi yapma yükümünü ifade eder.

<sup>61</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25.02.2010 tarih ve 2008/16848 Esas ve 2010/4912 Karar sayılı kararı.

<sup>62</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25.02.2010 tarih ve 2008/16848 Esas ve 2010/4912 Karar sayılı kararı.

*feshetmiş değildir. Böyle olunca borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınarak fark kıdem tazminatı hesabı yapılması hatalıdır”<sup>63</sup>*

Öte yandan Yargıtay daha yeni tarihli bir kararında, işçinin ölümü halinde, mirasçıların talep edebileceği kıdem tazminatı hesabında borçlanılan askerlik süresinin de dikkate alınması gerekeceğine hükmetmiştir.<sup>64</sup> Bu ikinci halde işçinin çalıştığı yer yine bir kamu kurum ve kuruluşu olması gerekmektedir.

Konuya bedelli askerlik açısından bakıldığında; 7179 sayılı Askeralma Kanunu m.9/1 gereğince bedelli askerlik hizmetinin yerine getirilmesinde bir aylık temel askerlik eğitimi tamamlamış olma şartı aranmaktadır. Bu Kanun’da, mülga 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun geçici m.55/f.4 hükmünden farklı olarak ücretsiz izne ilişkin özel bir hüküm yer almamaktadır. Sözleşmesel askı koşulları çerçevesinde bedelli askerlik konusu incelendiğinde, iş sözleşmesinin temel askerlik eğitiminin bitimine kadar askıya alınmış sayılması mümkündür. İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, bir aylık temel askerlik eğitiminde geçen sürelerin de kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir.<sup>65</sup>

Türk Borçlar Kanunu’na tabi işçiler için bakıldığında ise, TBK m.409 uyarınca; *“Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür”*.<sup>66</sup> Kanımızca böyle bir düzenleme karşısında, İK’ya tabi işçiler için yapılan açıklamalar, TBK’ya tabi işçiler bakımından da geçerli olmalıdır.

## II. KIDEME ESAS SÜRENİN HESABINDA ÖNEM ARZ EDEN HUSUSLAR

### A. Mevsimlik İşte Çalışan İşçinin Kıdemi

Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş olan ve İş Kanunu’nda da tanımı yer almayan mevsimlik iş kavramı, öğretide şu şekilde tanımlanmaktadır: Çalışmanın yalnızca yılın belirli dönemlerinde sürdürüldüğü yahut tüm yıl boyunca çalışmakla birlikte yılın belirli dönemlerinde çalışmanın yoğunlaştırıldığı işyerlerinde yapılan işlere mevsimlik iş denilmektedir.<sup>67</sup> Yargıtay da kararlarında öğre-

<sup>63</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 16.04.2009 tarih ve 2007/40739 Esas ve 2009/10797 Karar sayılı kararı.

<sup>64</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 23.02.2016 tarih ve 2014/30587 Esas ve 2016/3747 Karar sayılı kararı.

<sup>65</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Şükrü Yıldız, *“7179 Sayılı Kanun ile Sürekli Hale Getirilen Bedelli Askerlik Düzenlemesinin İş Hukukuna Yansımaları”*, AndHD, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 195-226.

<sup>66</sup> Madde gerekçesinde “başka bir yoldan karşılanma”ya örnek olarak, işçinin sosyal güvenlik kurumundan gelir elde etmesi örnek verilmiştir.

<sup>67</sup> Gülsevil Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, TÜHİS Yayınları, İstanbul, 1998, s. 103-104; Senyen Kaplan, s. 70; Süzek, s. 257.

tidekine benzer bir mevsimlik iş tanımına yer vermektedir: “Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Söz konusu dönemler işin niteliğine göre uzun veya kısa olabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın diğer döneminde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar ara vermeyi gerektiren işler mevsimlik iş olarak değerlendirilebilir.”

Mevsimlik iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılması şart değildir, belirsiz süreli olarak yapılması da mümkündür.<sup>68</sup> Belirli süreli yapılan mevsimlik iş sözleşmesi, bu süre içerisinde işçinin ölümü, fesih yahut kararlaştırılan sürenin sonunda kendiliğinden sona ermektedir. Belirli süreli yapılan mevsimlik iş sözleşmesinin sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesi halinde işçi, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.<sup>69</sup> İş Kanunu’nun ikinci fıkrası gereğince, esaslı neden olmaksızın birden fazla üst üste yapılan belirli süreli mevsimlik iş sözleşmeleri başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilmektedir.

Belirsiz süreli yapılan mevsimlik iş sözleşmesinde, mevsimin bitimi ile işçinin işi biter ve gelecek mevsime kadar iş sözleşmesi askıya alınır, feshedilmiş olmaz. Mevsim başlangıcında işe alınmayan yahut mevsim içinde iş sözleşmesi geçerli veya haklı bir neden olmaksızın işveren tarafından feshedilen işçi, fesihten doğan haklarını talep edebilmektedir.<sup>70</sup> Askıda geçen süreler işçinin kıdem hesabında dikkate alınmaz. İşçi, bu askı süresince başka bir işyerinde ve farklı bir işveren yanında çalışabilir. Doğaldır ki farklı işveren yanında olan bu çalışmaları henüz askıda olan işinde yaptığı çalışmalarla birleştirilemez. Bunun yanı sıra işçinin, iş sözleşmesinin askıda olduğu süre boyunca aynı işverenin farklı bir işinde çalışması da mümkündür. Böyle bir durumda ise çalışmalar birleştirilebilmektedir.

Yıllık ücretli izin bakımından ifade etmek gerekir ki, mevsimlik iş sözleşmesine bağlı olarak çalışan işçinin İK m.53/f.3 hükmü gereğince Kanun’un yıllık ücretli izne ilişkin hükümler uygulanmaz.<sup>71</sup> Fakat Yargıtay’ın da belirttiği gibi bu kural nispi emredici niteliktedir ve bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesiyle işçi lehine bir düzenleme yapılarak mevsimlik işçiler için de yıllık ücretli izin hakkı sağlanabilir.

<sup>68</sup> Süzek, s. 258, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.12.2009 tarih ve 2008/13374 Esas ve 2009/38104 Karar sayılı kararı.

<sup>69</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.12.2009 tarih ve 2008/13374 Esas ve 2009/38104 Karar sayılı kararı.

<sup>70</sup> Süzek, s. 259.

<sup>71</sup> Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m.12 gereğince askı süresi içinde aynı işverenin farklı işyerinde çalışan işçi, yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilecektir.

retli izin hakkı tanınabilir.<sup>72</sup> Öte yandan Yargıtay, yılın tamamına yakın süresince çalışan mevsimlik işçilerin yıllık ücretli izin hakkına sahip olduğu görüşündedir. Yargıtay'a göre; "4857 sayılı Kanun'un 53. maddesinde mevsimlik işlerde yıllık izin hakkının doğmayacağı belirtilmiş ise de, yılın ne kadar bölümünde çalışılma halinde mevsimlik iş sayılacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öyle ki yılın tamamına yakın bir bölümünde çalışılma halinde Anayasal temeli olan dinlenme hakkının tanınmasının gerekeceği açıktır".<sup>73</sup> Ayrıca Yargıtay 9. HD., istikrar kazanmış kararlarıyla, çalışmanın 11 ayın (330 gün) üzerine çıkmasını mevsimlik iş ilişkisinin dışına çıkmış olma olarak kabul ederek yıllık ücretli izin hakkının da kullanılabilceği sonucuna ulaşmıştır.<sup>74</sup>

Yargıtay, bir işyerinde başlangıçta mevsimlik çalışıp sonradan devamlılık arz eden bir işte çalışan işçinin, önceki mevsimlik çalışma süresinin kıdem ve yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınıp alınamayacağı hususunda şöyle bir çözüm getirmiştir: "Bir işyerinde başlangıçta mevsimlik olarak çalıştırılan ve daha soma devamlılık arz eden işte çalıştırılan işçinin, mevsimlik dönemdeki çalışması kıdeminde dikkate alınmasına rağmen, yıllık ücretli iznin hesabında dikkate alınmaz. Ancak bu olgu için işçinin mevsimlik çalıştığı belirtilen dönemde yapılan işin gerçekten mevsime bağlı olarak yapılması gerekir. Yapılan iş mevsimlik değil, ancak işçi aralıklı çalıştırılmış ise, mevsimlik işten söz edilemeyeceğinden, bu sürenin de izin hesabında dikkate alınması gerekir."

Özetlemek gerekirse; belirli süreli yapılan mevsimlik iş sözleşmesi sürenin sonunda kendiliğinden sona erecek olursa işçinin ihbar ve kıdem tazminatı gibi talepleri olamayacaktır. Yıllık ücretli izin bakımından ise İK m.53/f.2'deki "en az bir yıl çalışmış olma" şartı gerçekleşmediğinden, belirli süreli mevsimlik iş sözleşmesi kendiliğinden sona eren işçinin doğal olarak yıllık ücretli izin hakkı da olamayacaktır. Belirsiz süreli yapılan iş sözleşmesinde ise mevsimin bitimiyle işçinin iş sözleşmesi askıya alınır ve bu süreler işçinin kıdem hesabında dikkate alınmaz. İşçinin askı süreleri haricinde, mevsimlik çalıştığı süreler birbirine eklenerek kıdemi hesaplanır. İş sözleşmesinin askıda olduğu süre boyunca aynı işverenin farklı işinde çalışıyor olması durumunda bu süreler de işçinin kıdemine eklenecektir. İşçi mevsimlik çalıştığı süre boyunca yıllık ücretli izne hak kaza-

<sup>72</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 16.01.2017 tarih ve 2015/15011 Esas ve 2017/22 Karar sayılı kararı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 26.12.2016 tarih ve 2016/32308 Esas ve 2016/29087 Karar sayılı kararı. Ebru Kılıç, "İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin", TAAD, Cilt 1, Sayı 4, 2011, s. 181.

<sup>73</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 16.01.2017 tarih ve 2015/15011 Esas ve 2017/22 Karar sayılı kararı, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 26.12.2016 tarih ve 2016/32308 Esas ve 2016/29087 Karar sayılı kararı.

<sup>74</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12.10.2010 tarih ve 2008/35528 Esas ve 2010/28674 Karar sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 23.10.2009 tarih ve 2008/5773 Esas ve 2009/28807 Karar sayılı kararı.

namayacaktır. Fakat mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin devamlı nitelik kazanması halinde 11 ayı aşan çalışmaları da yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmalıdır.

## B. Kısmi Süreli ve Çağrı Üzerine Çalışan İşçinin Kıdemi

İş Kanunu m.13/f.1’de kısmi süreli iş sözleşmesinin kavramsal tanımına yer verilmemekle birlikte, tam süreli emsal işçiyle yapılan bir karşılaştırma neticesinde hangi sözleşmelerin kısmi süreli iş sözleşmesi sayılacağı açıklanmıştır. Buna göre; “*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir*”. TBK’da ise; “*İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir*”. İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nin 6. maddesine göre, kısmi süreli çalışma için “*tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan çalışmanın üçte ikisi oranına kadar*” denilerek bir oran verilmiştir. İK m.63’te de haftalık çalışma süresinin en çok kırk beş saat olacağı hükmedilmiştir. Öyleyse tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçi, haftada en çok kırk beş saat çalışan işçidir. Buna göre, haftalık normal çalışma süresinin en çok otuz saat olarak kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir.

Söz konusu haftalık en çok otuz saatlik çalışma süresi, haftanın günlerine istenildiği şekilde paylaştırılması konusunda taraflar serbesttir. Ancak günlük çalışmanın on bir saati aşamayacağı kuralı burada da geçerli olacaktır. Bunun dışında taraflar dilerse haftanın belirli günlerinde tam gün veya haftanın her gününde belirli süre yahut haftanın çeşitli günlerinde belirli süre çalışma kararlaştırabilecektir.

2016 yılında İK m.74’te yapılan değişikliğe paralel olacak şekilde m.13/5’e de eklenen fıkra ile 74. maddede öngörülen izinlerin bitiminde sonra ebeveynlerden birine kısmi süreli çalışma hakkı tanınmıştır. Aynı düzenleme evlat edinen işçiler açısından da öngörülmüştür.

İş Kanunu m.13/f.2’de kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, haklı bir neden olmadıkça, sırf kısmi süreli çalışmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Fıkranın devamında ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödeneceği hükmedilmiştir.

Öte yandan kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile yıllık ücretli izin haklarından yararlanıp yararlanmayacağı hususunda Kanun’da bir açıklık yoktur. Ancak madde gerekçesinde hafta tatili ücreti bakımından kısmi süreli çalışan işçilerin yararlandıramayacağı belirtilmiştir. Buna rağmen öğretilerde kısmi süreli çalışan işçilerin de hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile yıllık ücretli izin haklarından yararlanabilecekleri

savunulmuştur.<sup>75</sup> Yıllık ücretli izin bakımından zaten herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 13. maddesi kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin de tam süreli çalışanlar gibi yıllık ücretli izin hakkından yararlanabileceklerini düzenlemiştir.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin kıdemlerinin hesaplanması konusunda ise öncelikle belirtmek gerekir ki, esas alınacak kıdem, işçilerin fiilen çalıştığı sürelerin toplanmasıyla bulunacak süre değil sözleşmenin devam ettiği süredir.<sup>76</sup> Buna göre örneğin; en az bir yıldır kısmi süreli iş sözleşmesine bağlı olarak bir işyerinde çalışan işçinin kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkı doğmaktadır. Bunun yanında bu sürelerin hesabında, ücretli izinde geçen süreler, askerlikte geçen süreler vs. yukarıda anlattığımız hususlar aynen geçerlidir. Bu kıstaslar uyarınca hesaplanacak süre, işçinin kıdemini oluşturmaktadır.

Çağrı üzerine çalışma ise, kısmi süreli iş sözleşmesinin özel bir uygulaması sayılabilir. Çağrı üzerine çalışmanın düzenlendiği İK m.14 hükmü tanım yaparken çağrı üzerine çalışmanın bir kısmi süreli iş sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir.<sup>77</sup> Öyleyse kısmi süreli iş sözleşmesine uygulanacak hükümler kural olarak çağrı üzerine çalışma için de geçerlidir.<sup>78</sup>

İş Kanunu m.14/f.1'e göre çağrı üzerine çalışma, "*Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesi*"dir.

İş Kanunu m.14/f.2 gereğince taraflar işçinin ne kadar çalışacağını belirlememişse, haftalık çalışma süresi yirmi saat olarak kararlaştırılmış sayılacaktır. Yine aynı fıkranın devamında kararlaştırılan veya kararlaştırılmış sayılan bu süreler içerisinde işçinin çalıştırılsın yahut çalıştırılmasın ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir.

Çağrı üzerine çalışan işçinin hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ile yıllık ücretli izin hakları bakımından kısmi süreli iş sözleşmelerinde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. İşçilerin kıdemlerinin hesaplanmasında, çağrılmayan sürelerin kıdeme dâhil edilmesi ise mümkün değildir.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Muzaffer Koç/ İbrahim Görücü, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları", Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 1, 2011, s. 156-158, Sarper Süzek, s. 265.

<sup>76</sup> Süzek, s. 266, 767; Özcan, s. 9, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.03.2003 tarih ve 2003/21-143 Esas ve 2003/159 Karar sayılı kararı.

<sup>77</sup> TBK'da çağrı üzerine çalışma hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kanımızca TBK'ya tabi olan ve çağrı üzerine çalışan işçilerin kısmi çalışan işçi olarak değerlendirilmesi mümkündür.

<sup>78</sup> Süzek, s. 269.

<sup>79</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.04.2012 tarih ve 2012/9-273 Esas ve 2012/299 Karar sayılı kararı.



### C. Aynı İşverenin Bir veya Değişik İşyerlerinde Devamlı veya Fasilalı Olarak Geçirilen Süreler

İş Kanunu m.120 gereğince hala yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/f.2 fıkrasına göre; “*İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır.*” Benzer şekilde İK m.54/1'e göre de; “*Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır.*” Bu işyerlerinin farklı sektörlerde olmasının veya işçinin bu işyerlerinde farklı işler görmesinin ya da işçinin ödünç iş ilişkisi içerisinde başkasının işyerinde çalışmasının bir önemi yoktur.<sup>80</sup> İşçinin bu çalışmaları da aynı işverenin değişik işyerlerinde çalışma şartını sağlaması dolayısıyla kıdem hesabında dikkate alınacaktır. Yıllık ücretli izin bakımından da İK m.54/f.1 aynı düzenlemeyi getirmiştir.

Fasilalarla çalışmış olması halinde işçinin önceki çalışmasına ait kıdem tazminatını alarak işten ayrılması halinde bu sürelerin toplam kıdeminin hesaplanmasında dikkate alınıp alınamayacağı hususu öğretilmektedir. Bir kısım yazara göre; kıdem tazminatı alınmış olan çalışma süreleri, 1475 sayılı Kanun m.14/f.8'deki “*Aynı kıdem süresi için birden fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez.*” kuralına aykırılık oluşturacağından toplam kıdem hesabında dikkate alınmaz.<sup>81</sup> Öte yandan diğer bazı yazarlar, kıdem tazminatının tüm hizmet süreleri üzerinden hesaplandıktan sonra önceki döneme ait çalışması için ödenen kıdem tazminatının hesaplanan bu miktardan mahsup edilmesi gerektiği kanaatinde dir.<sup>82</sup> Yargıtay uygulaması da ilk görüş doğrultusundadır.<sup>83</sup> Yargıtay, bu şekilde fasılalı

<sup>80</sup> Özcan, s. 2.

<sup>81</sup> Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 248.

<sup>82</sup> Sarper Süzek, s. 770.

<sup>83</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 03.10.2011 tarih ve 2009/22362 Esas ve 2011/34269 Karar sayılı kararında şöyle demiştir: “*1475 sayılı yasanın 14/2'nci maddesi, işçinin aynı işverene bağlı olarak bir ya da değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin kıdem hesabı yönünden birleştirileceğini hükme bağlamıştır. O halde kıdem tazminatına hak kazanmaya dair bir yıllık sürenin hesabında da işçinin daha önceki fasılalı çalışmaları dikkate alınır. Bununla birlikte, her bir fesih şeklinin kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde gerçekleşmesi hizmet birleşmesi için gerekli bir koşuldur. İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenemeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz. Yine, istifa etmek suretiyle işyerinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacağından, istifa yoluyla sona eren önceki dönem çalışmaları kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Ancak aynı işverene ait bir ya da değişik işyerlerinde çalışılan süre için kıdem tazminatı ödenmemişse, bu süre aynı işverende geçen sonraki hizmet süresine eklenerek son ücret üzerinden kıdem tazminatı hesaplanmalıdır.*” Aynı yönde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 09.06.2016 tarih ve 2016/12991 Esas ve 2016/17231 Karar sayılı kararı.



çalışmalar söz konusu olduğunda zamanaşımı def’inde bulunulmuşsa, 10 yıllık zamanaşımı süresinin geçip geçmediğine bakılması gerektiğini savunmuştur.<sup>84</sup>

Uygulamada “çıkı-girdi” diye tabir edilen, işçiye daha az kıdem tazminatı ödemek amacıyla başvuru, iş sözleşmesinin değişik tarihlerde feshedilerek kıdem tazminatının ödendiği ve her fesihden sonra yeni bir iş sözleşmesi yapıldığı ancak gerçekte işçinin aralıksız çalıştığı görülmektedir.<sup>85</sup> Yargıtay, bu tür ödemeleri “avans” olarak kabul etmekte ve kanuni faizi ile birlikte belirlenen kıdem tazminatı miktarından düşülmesi gerektiğine karar vermektedir.<sup>86</sup>

İşçinin fasıllı çalışmaları yıllık ücretli izin hakkına esas kıdem süresinin hesaplanmasında ise Yargıtay şu esasları benimsemiştir.<sup>87</sup>

1. İşçinin önceki feshine bağlı olarak kullanmadığı izin ücretleri tam olarak ödenmişse, bu dönem sonraki çalışma sürelerine eklenemez.
2. Önceki çalışmasına ait dönemde izin kullandırılmamış veya karşılığı ödenmemişse bu süreler aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerindeki çalışmalara eklenir.
3. Önceki dönemin kıdem tazminatı ödenerek feshedilmiş olması halinde bu çalışmalara ait süreler izin yönünden sürelerin birleştirilmesine engel oluşturmaz.
4. Önceki dönemde çalışma bir yılı doldurmadığı için izne hak kazanılmayan arta kalan süreler de sonraki çalışmalara eklenir.
5. Yıllık izin özde bir dinlenme hakkı olup, aralıklı çalışmalarda önceki dönem zamanaşımına uğramaz.

İş güvencesinden yararlanacak işçilerde aranan altı aylık kıdem hesabında da aynı işverenin aynı veya değişik işyerlerinde aralıklı çalışmış olması durumunda bu sürelerin birleştirilip birleştirilemeyeceği konusunda Kanun’da açık bir düzenleme mevcut olmasa da bu sürelerin de birleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.<sup>88</sup> Önceki dönem çalışmaların belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi ile olmasının da sürelerin birleştirmesi için bir önemi bulunmamaktadır.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.10.2014 tarih ve 2012/23662 Esas ve 2014/29574 Karar sayılı kararı.

<sup>85</sup> Süzek, s. 771.

<sup>86</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 09.06.2016 tarih ve 2016/12991 Esas ve 2016/17231 Karar sayılı kararı.

<sup>87</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.12.2010 tarih ve 2010/30973 Esas ve 2010/37847 Karar sayılı kararı.

<sup>88</sup> Talip Aras, “İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik”, TBB Dergisi, Sayı 119, 2015, s. 443, 444.

<sup>89</sup> Aras, s. 443.

## D. İşyeri Devri

Günümüzde ortaya çıkan koşullar, iş sözleşmesinin devrini zorunlu kılmakta ya da kendiliğinden böyle bir sonuca yol açmaktadır. Örneğin maddi sıkıntılar içerisinde bulunan işverenin mevcut işyerini bir başkasına satması veya kiralaması, işyerinin özelleştirilmesi veya devletleştirilmesi ya da işverenin ölümü gibi durumlarda işyerinin devri kaçınılmazdır.<sup>90</sup>

İşyeri devri konusu TBK m.428’de düzenlenmiştir. Maddenin İlk fıkrası uyarınca; “*İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer*”. Benzer şekilde İK m.6/f.1’e göre; “*İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer*”. İş sözleşmesinin devri, mevcut hizmet ya da iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmadığı için işçi, sözleşmesinin sona ermesine bağlı haklardan yararlanamayacaktır.<sup>91</sup>

İş Kanunu m.6/f.2 uyarınca; “*Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür*.” Buna göre de işçinin kıdeme esas hizmet süresinin hesabında işyerinin devralınma tarihi değil, devreden işveren yanında işe başladığı tarihin esas alınacağı açıkça düzenlenmekle, işçinin işyeri devrinden dolayı hak kaybına uğraması engellenmiştir. Örneğin ihbar sürelerinin belirlenmesi, yıllık ücretli izin sürelerinin belirlenmesi vb. işçinin kıdeme esas sürelerinin hesabında başlangıç olarak devir tarihi değil, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır.

Devralan işverenin hangi borçlardan ve ne kadar süreyle sorumlu olacağı hususu ise TBK m.428/f.3’te hüküm altına alınmıştır; “*Yukarıdaki hükümlere göre devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır*”. Aynı düzenleme İK m.6/f.3’te de yer almaktadır. O halde, bu açık hüküm karşısında devralan işverenin sorumluluğu devirden önce doğmuş ve devir tarihinde muaccel olan borçlarla sınırlı olacaktır.<sup>92</sup> Müteselsil sorumlu olunan bu ücrete örnek olarak devir tarihine kadar doğmuş olan ücret,

<sup>90</sup> Sarper Süzek, “*İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel S., 2014, s. 311.

<sup>91</sup> Süzek, s. 773.

<sup>92</sup> Umut Topcu, “*İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin İhbar ve Kıdem Tazminatından Sorumlulukları*”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı 97, 2010, s. 279.

fazla çalışma, hafta tatili çalışması vs. verilebilir.<sup>93</sup> Ancak ihbar tazminatı ile kullanılmayan izin ücretlerinden dolayı sadece devralan işveren sorumludur.<sup>94</sup>

İşyerinin devri halinde kıdem tazminatı alacağı ise 1475 sayılı Kanun'un ikinci fıkrasında ayrı bir düzenlemeye tabi olduğundan İK m.6/f.3 burada uygulanamayacaktır. m.14/f.2'ye göre; “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/7/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır. 12/7/1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.” Bu düzenleme gereğince işyerinin devrinin 12.07.1975 tarihinden önce mi sonra mı gerçekleştiği tespit edildikten sonra devralan ve devreden işverenlerin sorumlulukları belirlenecektir. Söz konusu tarihten önce gerçekleşen devirlerde, aksini bir anlaşma olmadıkça, kıdem tazminatının tamamından devralan işveren sorumlu olacaktır. Öte yandan bu tarihten sonra gerçekleşen devirlerde, devreden işverenin sorumluluğu işçiyi çalıştırdığı dönem ve devir esnasında işçinin aldığı ücretle sınırlı olmak üzere, devralan ve devreden işverenlerin her ikisinin de sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Kıdem tazminatının tamamı son ücret üzerinden devralan işçi tarafından ödenecek ancak devralan, devreden işverenin sorumluluğun sınırı kadar olan kısmı devredene rücu edebilecektir.<sup>95</sup>

## E. Değişik Kamu Kuruluşlarında Geçen Süreler

1475 sayılı İK m.14/f.4-5 fıkralarında, kıdem tazminatına esas alınacak kıdem süresine, işçinin değişik kamu kuruluşlarında geçen sürelerin de ekleneceği açıkça düzenlenmiştir. Bu fıkralara göre; “T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi

<sup>93</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.07.2017 tarih ve 2017/22096 Esas ve 2017/12491 Karar sayılı kararında; “işyerinin devredildiği tarihe kadar doğan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile son alt işveren (devralan işveren) müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlı olduğu...” demiştir. Aynı yönde bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 06.07.2017 tarih ve 2017/35525 Esas ve 2017/16603 Karar sayılı kararı.

<sup>94</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 10.07.2017 tarih ve 2017/22096 Esas ve 2017/12491 Karar sayılı kararı.

<sup>95</sup> Süzek, (İşyeri Devri), s. 319; Süzek, s. 774.

*suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir. Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.”*

Görülmektedir ki bu fıkralar farklı bir düzenleme getirmekte, belli şartlar altında işçinin farklı işyeri ve farklı işveren yanındaki çalışmalarını da kıdem tazminatına esas hizmet süresine eklenmesine imkân tanımaktadır. Bunun için ilk şart, birleşmeye konu çalışmaların kamu kurumlarında gerçekleşmiş olmasıdır. İkinci olarak iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple değil, yalnızca Sosyal Sigortalar Kanunu’na<sup>96</sup> göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanma amacıyla sonlandırılmış olması gerekmektedir. Son kamu kurumundaki çalışmanın işçi statüsünde olması aranmışken, önceki çalışmalar için böyle bir ifadeye yer verilmemiştir. Öğretide bir grup yazar, önceki dönemlere ait çalışmaların da işçi olarak geçirilmiş olması kanaatindeyken,<sup>97</sup> diğer grup ise memur ya da işçi olarak geçirilmesinin önemli olmadığını savunmaktadır.<sup>98</sup> Yargıtay da bu ikinci görüş doğrultusunda memurlukta geçen süreleri de kıdem tazminatının hesabında dikkate alınacağını kabul etmektedir.<sup>99</sup>

Yıllık ücretli izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönünden de İK m.54/5 kamuda geçen süreler belli koşullar altında, ayrı işverenler yanında olsa da hizmetlerin birleştirilebilmesine imkân tanımıştır.<sup>100</sup> Bu maddeye göre; “*Aynı bakanlığa bağlı işyerleri ile aynı bakanlığa bağlı tüzel kişilerin işyerlerinde geçen süreler ve kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar veya bunlara bağlı işyerlerinde geçen süreler, işçinin yıllık ücretli izin hakkının hesaplanmasında göz önünde bulundurulur.*”

Yargıtay da pek çok kararında kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin yıllık ücretli izin hakkı bakımından birleştirilmesini kabul etmiştir.<sup>101</sup>

<sup>96</sup> Şimdiki 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu.

<sup>97</sup> Süzek, s. 775-776.

<sup>98</sup> Süzek, s. 776.

<sup>99</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.01.2017 tarih ve 2015/9-726 Esas ve 2017/24 Karar sayılı kararı.

<sup>100</sup> Kılıç, s. 183.

<sup>101</sup> “... işçinin daha önce aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerinin yıllık izne hak kazanma ve izin süreleri hesabı yönlerinden dikkate alınması gerekir. Kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetlerin de aynı gerekçeyle izin hesabı yönünden birleştirilmesi gerekir.” Yargıtay’ın bu gerekçesi doğrultusunda, aynı işverenin bir ya da değişik işyerlerinde geçen hizmetlerin, işçinin kıdemine dâhil edildiği her durumda kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmetler de birleştirilecektir.

İhbar sürelerinin tespiti için belirlenmesi gereken işçinin kıdeminde ise kıdem tazminatın ve yıllık ücretli izinde olduğu gibi kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesine ilişkin özel bir hüküm mevcut değildir. Yargıtay'ın da bu konuda verdiği herhangi bir karara rastlayamadık. Ancak kanımızca ihbar sürelerini düzenleyen İK m.17 hükmü “iş sözleşmesi”nde geçen süreleri esas aldığından değişik kamu kuruluşlarında geçen süreler eklenemeyecektir.

## SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 6. bölümünün 1. ayrımında yer alan genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler, İş Kanunu, Basın İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu Dışında kalan işçilere uygulanmaktadır. Bunun dışında, İK'da hüküm bulunmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde genel kanun olarak TBK hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda eksik olan pek çok düzenleme 6098 sayılı TBK ile düzenlenerek, İK'ya tabi işçiler ile TBK'ya tabi işçiler arasındaki fark büyük ölçüde giderilmeye çalışılsa da hala TBK'ya tabi işçilerin daha güvencesiz olduğu görülmektedir.

Anılan sebeplerle, her iki kanuna tabi işçilere uygulanacak hükümler arasında hala önemli ölçüde farklı uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin; İK'ya tabi olarak çalışmakta olan bir işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından talep hakkına sahip olduğu kıdem tazminatı, TBK'ya tabi işçiler için öngörülmemiştir.<sup>102</sup> Bu gibi farklılıklardan dolayı, işçinin kıdeme esas hizmet süresinin hesaplanmasında bazı hallerde, TBK'ya tabi işçiler ile İK'ya tabi işçiler arasında farklılıkların olması olağandır. Zira bazı hususlarda her iki kanun farklı düzenleme getirirken, bazı hususlarda bir kanunda bir hüküm yer almasına rağmen diğerinde hüküm bulunmamaktadır.

<sup>102</sup> Bkz. Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Ankara, 2018, s. 452. Öğretide TBK'da ölüm tazminatı düzenlemesine yer verilmesinin sebebi olarak söz konusu Kanun'da kıdem tazminatının yer alması gösterilmektedir. Ölüm tazminatı ile kıdem tazminatı arasındaki ilişki ve öğretideki görüşler için bkz. Mollamahmutoğlu/ Astarlı/ Baysal, s. 316. Bu görüş kabul edildiği takdirde, TBK m.440'ta yer alan ölüm tazminatının, İK'ya tabi işçiler için söz konusu olan kıdem tazminatına denk geldiği söylenebilir.

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT**, Ercan, *1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- AKYİĞİT**, Ercan, *İş Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- ALPAGUT**, Gülsevil, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, TÜHİS Yayınları, İstanbul, 1998.
- ANADOLU**, F. Kerim, “Kıdem Tazminatı Koşulları ve İşçinin Kıdeminin Hesaplanması”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 10, 2003, s. 239-264.
- ARAS**, Talip, “İş Güvencesinden Yararlanmanın Koşulları ve Emredicilik”, TBB Dergisi, Sayı 119, 2015, s. 429-456.
- BAYINDIR**, Burçin, “4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Ücretsiz İzin Uygulaması”, 2013, [http://www3.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/itkb/dosyalar/yayinlar/yayinyay2013/edud\\_6](http://www3.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowProperty/WLP%20Repository/itkb/dosyalar/yayinlar/yayinyay2013/edud_6) (erişim tarihi 02.10.2017).
- BAYRAM**, Selahattin, “İşçinin Birden Fazla Rapor Alması ve Her Rapor Aralığında Çalışması Durumunda İhbar Önelleri +6 Haftanın Hesaplanması”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı 107, 2011, s. 239-247.
- BİLGİLİ**, Abbas, “İşe İade Davası Lehine Sonuçlanan İşçinin İşe Başlatılmaması Durumunda Kıdem Tazminatı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 7, Sayı 27, Eylül, 2012, s. 68-79.
- ÇELİK**, Nuri / **CANIKLİOĞLU**, Nurşen / **CANBOLAT**, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 32. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2019.
- EKİN**, Ali, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt 2, Beta Basım, İstanbul, 2011, s. 1385-1409.
- EREN**, Fikret, “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, 7. Baskı, Ankara, 2019.
- ERTABAK**, Ünal, *Hukuk Defteri, Sayı 3, 4 ve 5 (Tek Cilt)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ESENER**, Turhan, *İş Hukuku*, İnternet Baskısı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- GÖKTAŞ**, B. Kerem, “Kıdem Tazminatına Esas Sürenin Hesaplanmasında Raporlu ve Ücretsiz İzin Günlerinin Etkisi”, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı 1, Cilt 88, 2014, s. 144-146.
- GÜMRÜKÇÜOĞLU**, Yeliz Bozkurt, “Deneme Süreli İş Sözleşmeleri”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, Cilt 11, 2012, s. 47-84.
- KAR**, Bektaş / **GÖKTAŞ**, Seracettin, “Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 6, Haziran, 2007, s. 27-37.
- KAR**, Bektaş, “Deneme Süreli İş Sözleşmesi”, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara, 2010, s. 15-32.
- KARAKURT**, Selten, “İş Sözleşmesinin Bildirimli Fesih ile Sona Ermesi”, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, [www.academia.edu](http://www.academia.edu) (erişim tarihi 08.09.2017).
- KILIÇ**, Ebru, “İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin”, TAAD, Cilt 1, Sayı 4, 2011, s. 173-204.
- KOÇ**, Muzaffer / **GÖRÜCÜ**, İbrahim, “4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Kısmi Çalışma Uygulaması ve Sonuçları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı 1, 2011, s. 149-178.

- LAÇİNER**, Vedat, “Deneme Süreli İş İlişkisinde Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, SÜ İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Sayı 23, Cilt 17, 2012, s. 313-378.
- LOKMANOĞLU**, Salim Yunus, “Deneme Süreli İş İlişkisi”, TAAD, Yıl 7, Sayı 24, 2016, s. 621-638.
- MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi / **ASTARLI**, Muhittin / **BAYSAL**, Ulaş, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- NARMANLIOĞLU**, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Basım, İstanbul, 2014.
- ÖZCAN**, Durmuş, *İş Hukukunda İşçilik Alacakları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖZDEMİR**, Cumhur Sinan, “İşe İade Davası ve Sonuçları”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, 2011, s. 28-37.
- ÖZDEMİR**, Cumhur Sinan, *İş Kanunu'na Göre İşveren ve İşçi Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÖZER**, Hatice Duygu, “Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi”, Çalışma ve Toplum, 2009/2, Sayı 21, s. 123-136.
- SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.
- SÜMER**, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- SÜZEK**, Sarper, “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel S., 2014, s. 311-330.
- SÜZEK**, Sarper, *İş Hukuku*, 20. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- TOPCU**, Umut, “İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin İhbar ve Kıdem Tazminatından Sorumlulukları”, Mali Çözüm Dergisi, Sayı 97, 2010, s. 275-282.
- TUNCAY**, A. Can / **SAVAŞ KUTSAL**, Burcu, *Toplu İş Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, 2015.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan / **CENTEL**, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Basım, İstanbul, 2015.
- YAMAN**, Rabiye, “İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Fevzi Şahlanan'a Armağan, Cilt 2, İstanbul, 2016.
- YAVUZ**, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 13. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2014.
- YILMAZ**, Mehmet Şükrü, “7179 Sayılı Kanun ile Sürekli Hale Getirilen Bedelli Askerlik Düzenlemesinin İş Hukukuna Yansımaları”, AndHD, Cilt: 7, Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 195-226.
- YÜREKLİ**, Sabahattin, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ZEVKLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Ankara, 2018.



# Girişim Şirketlerinin Sermaye İhtiyaçlarını Karşılama İçin Kullandıkları Fon Mekanizmaları

## Funding Mechanisms for Startup Companies to Meet Their Capital Needs

Av. Seren Deniz YANIK<sup>(\*)</sup>

### Öz:

Doğası gereği nakdi sermaye ihtiyacında olan girişim şirketleri için iç kaynaklardan finansman sağlamak ve geleneksel yollar ile banka kredilerine başvurmak, söz konusu şirketler henüz sağlam temellere oturmadığı, yeterli kaynağı elde edemediği için bir fon sağlama seçeneği olarak değerlendirilememektedir. Hal böyle olunca, alternatif fon mekanizmalarına başvurulmaktadır. Bu fon mekanizmalarının uygulanışları, hukuki düzenlemeye tabi olup olmadıkları, getirileri ve avantaj ve dezavantajları birbirinden farklı olup ilk karar ölçütünün yatırımcıya fon sağlama karşılığında hisse verilip verilmediği olması, girişim şirketleri için fayda sağlayacaktır.

### Anahtar Kelimeler:

Yatırım, Girişim Şirketi, Girişim Hukuku, Startup, Fon Mekanizmaları.

### Abstract:

For startup companies that are in need of cash capital by nature, providing financing from internal resources and applying for bank loans through traditional means cannot be considered as a funding option since these companies are not yet on solid foundations and cannot obtain sufficient funds. As such, alternative funding mechanisms are used. The implementation of these fund mechanisms, whether they are subject to legal regulation, their returns, advantages and disadvantages are different from each other, and it will be beneficial for startup companies if the first decision criterion is whether the investor is given shares in return for funding.

### Keywords:

Investment, Startup Company, Startup Law, Startup, Fund Mechanisms.

<sup>(\*)</sup> İstanbul Barosu Avukatı.

E-posta: seren@denizyanik.com.tr.

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9663-650X>.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Gönderim Tarihi: 24.11.2021.

Makale Kabul Tarihi: 07.02.2022.

## GİRİŞ

Kâr amacı güden yahut gütmeyen, büyük veya küçük ölçekli tüm kuruluşlar, hedefledikleri faaliyetleri hayata geçirebilmek için sermayeye ihtiyaç duyar. Etimolojik olarak Farsça ‘baş’, ‘ana’ anlamına gelen *sar* sözcüğü ile ‘para’ anlamına gelen *māye* sözcüğünün birleşmesiyle oluşan ve ‘ana para’ anlamına gelen<sup>1</sup> sermaye kelimesinin bilinen en eski kullanımı 1330 yılında Aşık Paşa’nın Garibname isimli eserinde yer almaktadır.<sup>2</sup> Her ne kadar adı geçen eserde, sermaye, mecaz anlamda kullanılmış<sup>3</sup> olsa da çok eski zamanlardan bu yana dünyanın her yerinde bir faaliyetin yerine getirilebilmesi için sermayeye ihtiyaç duyulmuştur. Üstelik iktisat bilimi perspektifinde, üretim faktörlerinden biri olan<sup>4</sup> sermaye, yalnızca ‘para’ anlamına gelmeyip; insan kaynağı, üretim araçları, entelektüel birikim gibi hedeflenen faaliyetin hayata geçirilmesi için gereken artı değerleri de içinde barındırmaktadır.<sup>5</sup> Hal böyle olunca da en başında vurgulandığı gibi sermayeye ihtiyaç duymayan bir kuruluştan bahsedilmesi mümkün olmamaktadır.

Sermayeye duyulan ihtiyaç tüm teşebbüsler<sup>6</sup> için ortak olsa da ne neviden bir sermayeye ihtiyaç duyulduğu ve sermayenin miktarı teşebbüse göre değişiklik göster-

<sup>1</sup> Sevan Nişanyan, Nişanyan Sözlük, *Çağdaş Türkçe Etimoloji Sözlüğü*, 2021, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=sermaye> (erişim tarihi 06.06.2021).

<sup>2</sup> Nişanyan, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=sermaye>.

<sup>3</sup> Aşık Paşa’nın 12. yüzyılda yazmış olduğu Garibname isimli mesnevinin 1090. beyitine tekabül eden üçüncü bölümünün birinci kıssasında şair şöyle demektedir: “*Uş yene bundan göçersin bile ile, Key sakın sermayeni virme yile*”. Bu dizelerin anlamı insanın dünyadan bir gün göçeceği ve biriktirdiği kastedilen ‘yale vermemesi’, savurmaması gerektiğidir. Burada sermaye ile manevi birikim kastedilmektedir. Detaylı okuma için bkz. Ali Bayram Kaya, “*Garib-Name’de Ölümlük ve Ölümsüzlük*”, Osmanlı Araştırmaları, Cilt: XXVII, Yıl: 2006, [http://turkoloji.cu.edu.tr/ESKI%20TURK%20%20EDEBIYATI/bayram\\_ali\\_kaya\\_garibname\\_olum\\_olumsuzluk.pdf](http://turkoloji.cu.edu.tr/ESKI%20TURK%20%20EDEBIYATI/bayram_ali_kaya_garibname_olum_olumsuzluk.pdf) (erişim tarihi 06.06.2021), s. 212.

<sup>4</sup> Modern iktisat uyarınca üretim faktörleri; doğal kaynaklar, emek, sermaye ve girişim olmak üzere dört tanedir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. W.H. Parker, “*Factors of Production: Labour, Capital and Management*”, The Superpowers, Palgrave Macmillan, Yıl: 1972, Londra, [https://doi.org/10.1007/978-1-349-01336-4\\_8](https://doi.org/10.1007/978-1-349-01336-4_8) (erişim tarihi 06.06.2021), s. 128.

<sup>5</sup> Türk Dil Kurumu güncel sözlük uyarınca sermaye şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Bir ticaret işinin kurulması, yürütülmesi için gereken anapara ve paraya çevrilebilir malların tamamı, anamal, başmal, kapital, meta, resülmal.*” Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük, “sermaye”, 2021, <https://sozluk.gov.tr> (erişim tarihi 06.06.2021). Ekonomide sermaye türlerinin fiziki sermaye, beşeri sermaye, sosyal sermaye, kültürel sermaye, bilgi sermayesi, entelektüel sermaye, örgütsel sermaye olduğu ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Habib Karaçay / Çiğdem Varol, “*Sosyo-Ekonomik Kalkınmada Fiziki, Beşeri ve Sosyal Sermaye Yatırımları: Vakıflar Genel Müdürlüğü Örneği*”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: 17(3), Yıl: 2015, <https://dergipark.org.tr/en/pub/gaziuiibfd/issue/28305/300780> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 103.

<sup>6</sup> Buradaki teşebbüs ifadesi, 13/12/1994 T. ve 22140 S. RG.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinde yer alan tanıma göre kullanılmış olup buna göre bu ifade, “*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*” anlamına gelmektedir. Bu haliyle bu ifade, şirket kavramını da içerisinde barındırmaktadır.

mektedir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nda<sup>7</sup> (“TTK”) yer verilen sermaye şirketleri asgari düzeyde kuruluş için belirlenmiş olan sermayeye ihtiyaç duymaktadır.<sup>8</sup> Bu belirtilenler yalnızca şirketin kurulması için gerekli olan sermaye tutarları olup, şirketin faaliyetlerini sürdürmesi ve nihai amacı olan kârlılığa ulaşabilmesi için gerekli olan sermaye miktarı çok daha fazladır. İhtiyaç duyulan sermaye türünün değişiklik gösterebileceğinin bir örnek ile açıklanması gerekirse, ana faaliyet konusu hizmet sunmak olan bir şirketin nakdi sermaye ihtiyacı içinde olması ve diğer yandan ana faaliyet konusu üretim olan bir başka şirketin ise nakdi sermayenin yanında beşerî sermaye ve bilgi sermayesine de ihtiyaç duyması söylenebilecektir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan, esasında hukuken sermaye şirketi olarak da karşılaşılabilecek olan<sup>9</sup> fakat dinamikleri itibariyle geleneksel anlamda şirketlerden farklılaşan girişim şirketleri ise doğaları gereği özellikle nakdi sermaye ihtiyacı içindedir. Bunun nedeninin anlaşılabilmesi adına girişim şirketinin tanımlanması yararlı olacaktır.

Girişim şirketi veya tek başına girişim<sup>10</sup> kavramı, tanımı üzerinde görüş birliği olan bir ifade olmayıp çeşitli kişi ve kuruluşlarca farklı anlamlar ile buluşturulmaktadır. Global ölçekte kabul gördüğü söylenebilecek tanıma göre, girişim şirketleri, “belirli bir ürün veya hizmetin geliştirilmesi ve pazara sunulması ile bu ürün veya hizmetin tüketiciler için vazgeçilmez hale gelmesini sağlamak için kurulmuş genç şirketler”dir.<sup>11</sup> Bu tanıma göre, yerleşik ve geleneksel anlamda kullanılan şirket kavramından girişim şirketini ayıran husus, girişim şirketlerinin henüz oturmuş bir finansal ve yapısal bir organizasyona sahip olmamasıdır.<sup>12</sup> Bu yaklaşım ile, yenilikçilik hedefi ile yola çıkan ve an itibariyle girişim şirketinin daha esnek yapısından uzaklaşmış her şirketin, bir zamanlar girişim şirketi olduğunu söylemek mümkün olacaktır. Burada ayrıca belirtmek gerekir

<sup>7</sup> 14/02/2011 T. ve 27846 S. RG.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6102 S. Türk Ticaret Kanunu.

<sup>8</sup> TTK m.332 uyarınca esas sermaye sisteminde kurulan anonim şirketler için asgari sermaye tutarı 50.000 TL iken, kayıtlı sermaye sisteminde benimsenmeyen anonim şirketler için bu tutar 100.000 TL’dir (bkz. TTK m.332: “*Tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye ellibin Türk Lirasından ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sisteminin kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi yüzbin Türk Lirasından aşağı olamaz. Bu en az sermaye tutarı Cumhurbaşkanınca artırılabilir.*”). İlaveten, TTK m.580/1 uyarınca, limited şirketler en az 10.000 TL sermaye ile kurulmak zorundadır (bkz. TTK m.580/1: “*Limited şirketin esas sermayesi en az onbin Türk Lirasıdır.*”).

<sup>9</sup> Girişim şirketleri veya kısaca girişimler, şirketleşme aşamasını geçerek TTK anlamında sermaye şirketi olarak varlıklarını sürdürdükleri gibi, tüzel kişilik kazanmaksızın bir ticari işletme olarak veya adi ortaklık çatısı altında faaliyet gösterebilmektedirler.

<sup>10</sup> *Startup* olarak anılan kavramın karşılığı olarak kullanılmaktadır.

<sup>11</sup> Rebecca Baldrige, *What is a Startup*, Forbes Advisor, 2021, <https://www.forbes.com/advisor/investing/what-is-a-startup/> (erişim tarihi 06.06.2021).

<sup>12</sup> Jared Hecht, *Are You Running a Startup or Small Business? What's the Difference?* Forbes, 2017, <https://www.forbes.com/sites/jaredhecht/2017/12/08/are-you-running-a-startup-or-small-business-whats-the-difference/?sh=cfc77df26c59> (erişim tarihi 06.06.2021).

ki, şirketlerin ekonomik büyüklüğü, onların girişim şirketi olup olmadıklarını belirle-  
mekte yetersiz kalmakta, doğru sonuç veren bir ölçüt olarak değerlendirilememektedir.  
Zira, örneğin, bir milyar dolarlık değerlemeye<sup>13</sup> ulaşan girişim şirketlerinin ‘unicorn’<sup>14</sup>  
olarak anıldığı göz önünde bulundurulduğunda, çok büyük ölçekte girişim şirketleri  
olabildiğini söylemek ve hatta bu değerlemede olmayan geleneksel şirketler olduğunu  
da vurgulamak gerekecektir. Yukarıda açıklanan bilgiler ışığında, henüz finansal ve ya-  
pısal olarak bir sabitliğe kavuşmamış girişim şirketlerinin, yerleşik hale geçmeleri ve bir  
kurumsal kimlik ve yön edinmeleri için sermayeye ve hatta özellikle nakdi sermayeye  
ihtiyaç duyduklarını söylemek isabetli olacaktır. Bu çalışmada da girişim şirketlerinin  
nakdi sermaye ihtiyaçlarını karşılamak için başvurabilecekleri birtakım fon mekaniz-  
maları üzerinde durulması hedeflenmiştir.

Nakdi sermayeyi karşılayabilmek için kullanılan fon mekanizmaları denil-  
diğinde, akla ilk gelen yöntemlerden biri banka kredisi kullanmak olacaktır. Ne  
var ki 2008’de yaşanan ve Büyük Durgunluk<sup>15</sup> olarak adlandırılan ekonomik kriz,  
bankaların düşük gelirli hanelere gayrimenkul alımı için kredi sağlamaları<sup>16</sup> so-  
nucu yaşandığından,<sup>17</sup> özellikle bu kriz sonrasında bankalar kredi alım şartlarını  
zorlaştırmış ve girişim şirketleri sermaye eksiklikleri nedeniyle global ölçek-  
te kredibilite anlamında oldukça riskli sınıfta kalmış<sup>18</sup> ve sermaye ihtiyaçlarını  
karşılamak için yeni yöntemlere başvurmaya başlamışlardır.<sup>19</sup> Belirtilen nedenle  
banka kredilerinin girişim şirketleri için bir seçenek olmamalarından dolayı bu  
çalışmada dış finansman kaynaklarından<sup>20</sup> kimi bu bahsedilen kriz zamanlarında

<sup>13</sup> Bir şirketin nominal hisse bedeli ve sermayesinin toplam kaç hisseye bölüdüğü o şirketin sermayesini göstermektedir. Ancak şirketlerin gerçek değerlemesi çoğu zaman sermayelerinden fazladır. Örneğin bir yatırımcıya 100.000 TL karşılığında şirketin %1 hissesinin verildiği bir durumda, şirket değerlemesi 10.000.000 TL olmaktadır.

<sup>14</sup> Unicorn, mitolojide dahi çok nadir görülen bir canlı olduğu için, girişim ekosisteminde, 1 milyar dolar değerlemeye ulaşan girişim şirketleri *unicorn* olarak adlandırılmaktadır.

<sup>15</sup> İngilizce’de *Great Recession* olarak anılmaktadır.

<sup>16</sup> İngilizce’de *mortgage* olarak anılmaktadır.

<sup>17</sup> Sher Verick / İyanatul Islam, “*The Great Recession of 2008-2009: Causes, Consequences and Policy Responses*”, Institute of Labor Economics (IZA) Discussion Paper Numarası: 4934, Yıl: 2010, <https://ssrn.com/abstract=1631069> (erişim tarihi 11.06.2021), s. 4.

<sup>18</sup> World Bank, *Crowdfunding’s Potential for the Developing World*, Finance and Private Sector Development Department, Washington, 2013, <https://www.infodev.org/crowdfunding> (erişim tarihi 09.06.2021), s. 8, 14.

<sup>19</sup> World Bank, <https://www.infodev.org/crowdfunding>, s. 8, 14.

<sup>20</sup> Finansman temel olarak, iç ve dış finansman olarak ikiye ayrılmaktadır Detaylı okuma için bkz. Salih Tayfun İnce, *Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Pay sahipleri Sözleşmesi*, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 7. İç finansman kaynakları denildiğinde girişimcinin kendi birikimi veya girişim şirketinin şirket içi yarattığı fon anlaşılabilir. Dış finansman kaynakları arasında ise, banka kredileri, hibeler ve bu çalışmada üzerinde durulacak olan fon mekanizmaları sayılabilecektir (bkz. İnce, s. 8).

ortaya çıkmış olan kimi ise çok daha eski tarihe uzanan en yaygın kullanılan fon mekanizmaları, yatırımcıya verilen karşı edime göre kategorize edilerek mukayese edilecektir. Böyle bir kategorizasyon yapılmasının nedenine, çalışmanın birinci bölümünde değinilecek olmakla birlikte ana amaç çeşitli fon mekanizmalarını kıyaslamak isteyen okuyucunun temelde, en önemli ayrımlardan biri olabilecek<sup>21</sup> ‘hisse verme’ hususunu göz önünde bulundurmasını sağlamaktır.

Bu çalışma, bir girişim şirketinde hissenin önemi ve ne anlam ifade ettiği vurgulanarak sermaye arayışında olan girişim şirketlerinin başvuracağı mekanizmaya karar verirken sermaye karşılığında hisse verilip verilmediğine göre bir ön eleme yapabilmesini amaçlamaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki bu çalışmada ele alınan her bir fon mekanizmasını tek başına ele alan kaynaklar bulunabileceği için bu mekanizmalar hakkında daha detaylı bilgi edinilmesi için farklı kaynaklardan da yararlanılması gerekmektedir.

Anılan amaçla birlikte, çalışmanın birinci bölümünde yatırımcıya hisse verilen fon mekanizmaları, yatırımcının kimliğinin yatırım öncesinde belirli olup olmamasına göre sınıflandırılmış ve her bir fon mekanizmasının tanımı, hukuki zemini ve girişimci ve yatırımcı perspektifinden avantaj-dezavantajları verilme-ye çalışılmıştır. İkinci bölümde, yatırımcıya hisse verilmeyen fon mekanizmaları üzerinde durulmuş ve üçüncü ve son bölümde ise tarafların karşı edim olarak hisse almada seçimlik hakları olan mekanizmalara yer verilmiştir.

## I. YATIRIMCIYA HİSSE VERİLEN FON MEKANİZMALARI

Çalışmanın bu bölümünde, yatırımın karşılığı olarak yatırımcıya girişim şirketinden hisse verilen fon mekanizmaları incelenecektir. Ancak öncelikle, çalışmanın ana bölümlendirmesinin hisseye göre yapılmasının nedenlerine değinmek yerinde olacaktır.

Tanım olarak hisse veya TTK’de kabul edilen teknik adıyla<sup>22</sup> pay, “sermayenin bölünmesi sonucu oluşan birim”<sup>23</sup> ifade etmektedir. Öğretide pay, “... *ortaklık esas sermayesinin belirli bir sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçası*” ola-

<sup>21</sup> bkz. I. Yatırımcıya Hisse Verilen Fon Mekanizmaları.

<sup>22</sup> Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Pay Senetleri başlıklı 484. maddenin gerekçesine ilişkin kısmında şöyle belirtilmektedir: “*Hüküm, 6762 sayılı Kanununun 409’uncu maddesinin birinci ve ikinci fıkraya hükümlerinden alınmıştır. Ancak hüküm, birinci alt kısmın başlığında olduğu gibi “hisse senetleri” yerine “pay senetleri” terimini kanunî terim olarak kabul edip kullanmıştır. Tasarı, 6762 sayılı Kanun gibi, anonim şirketteki sermayenin bölünmesi sonucu oluşan birime “pay” demektir. Pay kanunî terimdir. Payın kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanınca adının “hisse” olarak değişmesinin ve söz konusu senede “pay senedi” denmesinin makûl bir sebebi yoktur. “Pay senedi”ni içerdiği paydan soyutlanmış olarak adlandırıldığı, bu senedin kanunî adının (pay sözcüğü düşünülmesinin) pay senedi olarak konulduğu açıklaması da ikna edici değildir. Bu sebeple çelişkiyi ortadan kaldırmak amacıyla senedin kanunî adının “pay senedi” olması uygun görülmüştür.*” (bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Esas Numarası 1/324, Dönemi ve Yasama Yılı 23/2, s. 177, m.484).

<sup>23</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, s. 177, m.484.

rak da tanımlanmaktadır.<sup>24</sup> Pay, aynı zamanda şirkette sahip olunan ortaklığa ve bu ortaklığın oranına işaret eden bir kavramdır.<sup>25</sup> Sahibine ortaklık hakları tanıyan pay, esasen bir tüzel kişi ile sahibi olan kişiyi bağlayan en kuvvetli bağıdır. Pay ile birlikte, şirket ortağının genel kurula katılma hakkı, genel kurulda oy kullanma hakkı, bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetim isteme talep etme hakkı, rüçhan hakkı, kar ve tasfiye payı hakkı gibi haklar pay sahibine özgülenmektedir (TTK 425-507).

Getirdiği haklar bir yana, pay, sahibine birtakım sorumluluklar da yüklemektedir. Buna göre, örneğin pay sahiplerinin şirket sınırlarını koruma yükümlülüğünden bahsedilebilecek, ilaveten şirket çıkarlarını zedeleyici davranışlarda bulunmaması gündeme gelebilecektir (TTK 613). Tüm bu sayılan hak ve yükümlülüklerin birlikte değerlendirilmesi sonucu denilebilecektir ki yatırımı karşılığında girişim şirketten hisse alan yatırımcı,<sup>26</sup> özel bir statüye kavuşmakta ve yatırım yaptığı girişim şirketinde söz hakkı elde etmiş olmaktadır.<sup>27</sup> Bu nedenledir ki bir girişim şirketinin sermaye ihtiyacı için fon mekanizması araştırdığı dönemde ilk dikkat etmesi gereken, yatırımcıyı şirkete dahil etmek isteyip istemediğidir.

## A. Yatırımcının Kimliğinin Yatırım Öncesinde Belirli Olduğu Mekanizmalar

Yatırımcının kimliğinin yatırım öncesinde belirli olduğu durumlarda, girişim şirketi yatırım kararını, sermaye getirisi dışında yatırımcının tanınırlığı/bilinirliği ile gelen birtakım ek faydaları da göz önünde bulundurarak değerlendirebilmektedir.

### 1. Bireysel Katılım Yatırımcılığı

Yaygın kullanılan ismiyle melek yatırımcılık, fakat mevzuatta kullanılan ismiyle bireysel katılım yatırımcılığı, bireysel katılım yatırımcısı olarak lisans alan gerçek kişilerin, kişisel varlıklarını ve/veya tecrübe ve birikimlerini girişim şirketine aktardıkları fon mekanizmasıdır (Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik<sup>28</sup> madde 3/1-d).

<sup>24</sup> Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 534.

<sup>25</sup> Sema Aksoy, *Anonim Şirketlerde Pay ve Payın Devri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=ZboOBcYJSzn6\\_aEd5VOICg&no=u1LRsBNm3\\_-Rc9HYIYmEg](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=ZboOBcYJSzn6_aEd5VOICg&no=u1LRsBNm3_-Rc9HYIYmEg) (erişim tarihi 13.06.2021).

<sup>26</sup> Yatırımcının hukuken girişim şirketinin hisselerini nasıl edindiği doğrudan bu yazının konusu olmamakla ve bunun için şirketin türüne, hangi sermaye sistemini kullandığında göre kullanılan farklı yöntemler olmakla birlikte, yatırımcının yatırımı karşılığında girişim şirketten hisse edinmesi yaygın olarak girişim şirketinin dış kaynaklardan sermaye artırımı yapmasıyla mümkündür.

<sup>27</sup> Burada, söz hakkı elde edilmesinden kasıt, yatırımcının girişim şirketinde sahip olduğu pay oranına bağlı olarak birtakım haklar ile donatılıyor olmasıdır. Örneğin, anonim şirkette %10'luk bir hisseye sahip olan yatırımcı, azınlığa tanınan haklardan faydalanabilmektedir. Bir başka örnek olarak ise, genel kurulda karar için özel nisap gereken durumlarda, çoğunluk hisse sahibi olmayan yatırımcının da karara olumlu oy kullanarak katılması gerekebilmektedir.

<sup>28</sup> 15.02.2013 T. ve 28560 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik.



Bireysel katılım yatırımcılığı, ilk defa 2012 yılında Finansal İstikrar ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un<sup>29</sup> ek madde 5'i<sup>30</sup> ile Türk hukukuna girmiştir. Daha sonra 2013 yılında, Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik çıkarılmış ve bireysel katılım yatırımcılığına dair esaslar bu yönetmelikte düzenleme altına alınmıştır. Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik uyarınca, yüksek gelir veya servete sahip yatırımcılar<sup>31</sup> ile tecrübeli yatırımcılar<sup>32</sup> bireysel katılım yatırımcılığı lisansı alarak, girişim şirketine yaptıkları yatırımların %75'ini ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ile Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı tarafından belirlenen araştırma, geliştirme ve yenilikçilik programları kapsamında yaptıkları yatırımların %100'ünü yıllık gelir vergisi beyannamelerinden indirebilmektedir. Bu sayede, bireysel katılım yatırımcılığı teşvik edilmekte ve girişim şirketlerinin sermaye ihtiyaçlarını daha kolay bulmaları amaçlanmaktadır. Ancak bireysel katılım yatırımcılığına ilişkin dikkat edilmesi gereken hususlardan birkaçı,<sup>33</sup> bireysel katılım yatırımcılarının devlet teşvikinden faydalanabilmeleri için anonim şirkete yatırım yapmaları gerekmesi (Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönet-

<sup>29</sup> 20.12.1994 T. ve 22147 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4059 sayılı Finansal İstikrar ile Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun.

<sup>30</sup> Söz konusu ek madde 5, 09.07.2018 T. ve 30473 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren KHK/703 karar sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ilga edilmiştir.

<sup>31</sup> Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik uyarınca, “*Lisans almadan önceki iki yıl için, yıllık gelir vergisi beyannamesinde yer alan gelir unsurlarının veya ücretli çalışanlar için yıllık ücretlerinin gayrisafi tutarları toplamı olarak ifade edilen yıllık gayrisafi geliri en az 200.000 TL olan*” veya “*Müracaat anında sahip oldukları her türlü menkul ve gayrimenkul varlıklarından oluşan kişisel servetin toplam değeri en az 1.000.000 TL olan*” yatırımcılar, yüksek gelir veya servete sahip yatırımcılardır.

<sup>32</sup> Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik uyarınca, “*Banka ve finansal kuruluşlarda fon veya portföy yöneticisi olarak ya da banka ve finansal kuruluşların küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin finansmanı, proje finansmanı veya kurumsal finansman birimlerinde veya girişim sermayesi yatırım ortaklıkları dahil girişim sermayesi şirketlerinde müdür veya dengi bir pozisyonda ya da daha üst bir pozisyonda en az iki yıl iş tecrübesine sahip olan*” veya “*Lisans alınmadan önce son beş yıl içinde en az iki yıl, yıllık cirosu en az 25.000.000 TL olan bir işletmede genel müdür yardımcısı veya dengi bir pozisyonda ya da daha üst bir pozisyonda çalışan*” veya “*BKY ağlarının birine lisans alınmadan önce en az bir yıl süreyle üyeliği bulunan ve müracaat sırasında son mali yıldaki net satışları 5.000.000 TL'nin altında olan ve halka açık olmayan bir veya daha fazla şirkette BKY olarak ortak olan*” veya “*Başlangıç veya büyüme aşamasındaki şirketleri desteklemek amacıyla kurulmuş olan yurt içi kuluçka merkezlerinde ya da teknoloji geliştirme merkezlerinde en az iki yıl tecrübesi bulunan ve bu merkezlerdeki başlangıç veya büyüme aşamasındaki bir veya daha fazla şirkete asgari 20.000 TL sermaye koyan*” kişiler tecrübeli yatırımcılardır.

<sup>33</sup> Sinem Ulutürk Cinbiş, “*Türkiye’deki Akredite Melek Yatırımcı Ağlarının Gelişiminin ve Karakteristik Özelliklerinin Analizi*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Girişimcilik Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1178588> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 106.



melik m.26), yatırım yapılan şirketin paylarının halka arz edilmemiş olması (Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik m.26), tek seferde en az 20.000 TL en fazla 1.000.000 TL tutarında yatırım yapılabilmesi (Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik m.14), beş yıllık lisans geçerlilik süresi içerisinde en fazla yirmi farklı şirkete yatırım yapılabilmesi (Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik m.13), yatırım yapılan girişim şirketinde hakim ortak konumunda olunmamasıdır (Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik m.18).

Bireysel katılım yatırımcılarının yatırım yapabileceği üst tutarın belli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bireysel katılım yatırımcılığının en yüksek getirili fon mekanizması olmadığını söylemek mümkün olacaktır.<sup>34</sup> Ne var ki bireysel katılım yatırımcılığı, sağladığı finansmanın yanında<sup>35</sup> esas olarak girişim şirketine network ve know-how kazandırmanın hedeflendiği bir yatırım çeşididir.<sup>36</sup>

Mekanizmanın uygulanışına bakılacak olursa, bir veya birden fazla lisanslı bireysel katılım yatırımcısı, bir girişim şirketine, sermaye artırımı yoluyla ortak olmakta,<sup>37</sup> bunun sonucunda girişim şirketinde hissedar sıfatını kazanmakta ve bu süreçte girişim şirketi ile bireysel katılım yatırımcısı/yatırımcıları arasında bir ortaklık sözleşmesi<sup>38</sup> müzakere edilmektedir. Türk hukuku kapsamında atıf sözleşme hukuki niteliğini haiz olan ortaklık sözleşmesi,<sup>39</sup> bireysel katılım yatırımcısının ve diğer şirket ortaklarının hak ve yükümlülüklerini belirlemesi

<sup>34</sup> Örneğin, gelmiş geçmiş en yüksek paya dayalı kitle fonlama faaliyeti ile fonlanan projelerinden olan BrewDog, 73 milyon pound fon toplamıştır. Detaylı bilgi için bkz. Nikkie Thatcher, *BrewDog smashes £7.5m crowdfunding target in 6 weeks*, 2020, <https://www.morningadvertiser.co.uk/Article/2020/10/28/How-much-has-BrewDog-raised-through-crowdfunding> (erişim tarihi 06.06.2021). Böyle bir tutarın dünyanın herhangi bir yerinde bireysel katılım yatırımcılığı ile fonlanması pek mümkün değildir Detaylı bilgi için bkz. Richard Harroch, *20 Things All Entrepreneurs Should Know About Angel Investors*, Forbes, 2015, <https://www.forbes.com/sites/allbusiness/2015/02/05/20-things-all-entrepreneurs-should-know-about-angel-investors/> (erişim tarihi 06.06.2021).

<sup>35</sup> Bireysel katılım yatırımcılığının geleneksel finansman yöntemlerinden %25 daha fazla fon sağladığı bilinmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Gazi Kurnaz / Aykut Bedük, “*Türkiye’de ve Dünyada Melek Yatırımcılık*”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, Yıl: 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/286692> (erişim tarihi 11.06.2021), s. 29.

<sup>36</sup> Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelik’te geçen bireysel katılım yatırımcısı tanımına bakıldığında, bireysel katılım yatırımcılarının “*Kişisel varlıklarını ve/veya tecrübe ve birikimlerini başlangıç veya büyüme aşamasındaki şirketlere aktaran gerçek kişiler*” olduğu vurgulanmaktadır.

<sup>37</sup> Böyle bir sermaye artırımında, yeni çıkarılan hisselerin üçüncü bir kişiye verilecek olması nedeniyle girişim şirketinin mevcut hissedarlarının rüçhan haklarının sınırlandırılması veya kaldırılması gerekebilmektedir. Detaylı okuma için bkz. Seren Düden, *Anonim Şirketlerde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 130.

<sup>38</sup> Paysahipleri Sözleşmesi, Yatırım Sözleşmesi gibi isimlerle anıldığı da görülmektedir.

<sup>39</sup> Ortaklık sözleşmesinin TBK kapsamında bir adi ortaklık olup olmadığına ilişkin değerlendirme için bkz. İsmail Esin, *Birleşme ve Devralmalar*, 3.Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 290.

itibariyle epey önem taşımakta ve bireysel katılım yatırımcılığı mekanizmasına başvuracak girişim şirketleri bakımından elzem kabul edilmektedir.<sup>40</sup>

## 2. Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklığı / Fonu

Girişim sermayesi yatırım ortaklıkları, Sermaye Piyasası Kanunu'nun<sup>41</sup> (SPKn) 35. maddesinin b bendinde yer verilen ve sermaye piyasası kurumlarından biri olarak düzenlenen kolektif yatırım kuruluşlarından yatırım ortaklıklarının<sup>42</sup> portföy olarak girişim sermayesi kullananlarıdır. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından çıkarılan<sup>43</sup> Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği'nin<sup>44</sup> 4. maddesinde girişim sermayesi yatırım ortaklığı, '*... girişim sermayesi yatırımları, sermaye piyasası araçları ve SPK tarafından belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyü işletmek amacıyla paylarını ihraç etmek üzere kurulan veya esas sözleşme değişikliği yolu ile dönüşen, SPKn'nin 48'inci maddesinde sınırı çizilen faaliyetler çerçevesinde olmak kaydı ile kendisine izin verilen diğer faaliyetlerde bulunabilen ve kayıtlı sermaye sistemine tabi anonim ortaklık olan sermaye piyasası kurumu*' olarak tanımlanmaktadır.

Girişim sermayesi yatırım fonları<sup>45</sup> ise, girişim sermayesi yatırım ortaklığı gibi kolektif yatırım kuruluşlarından bir diğeri olarak karşımıza çıkmakta fakat girişim sermayesi yatırım ortaklıklarından farklı olarak girişim sermayesi yatırım fonlarının tüzel kişiliği bulunmamakta ve portföy içerisindeki malvarlığı doğrudan fon kurucusunun üzerinde doğmakta<sup>46</sup> fakat kişinin kendi malvarlığından da ayrılmaktadır.<sup>47</sup>

<sup>40</sup> Esin, s. 239.

<sup>41</sup> 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sermaye Piyasası Kanunu.

<sup>42</sup> SPKn'nin 48. maddesi uyarınca yatırım ortaklıkları, "*sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile SPK tarafından belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklar*" olarak tanımlanmaktadır.

<sup>43</sup> Daha önce aynı konuyu kapsayacak şekilde çıkarılan diğer Tebliğler sırasıyla şu şekildedir: 06.07.1993 T. ve 21169 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Risk Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği ve 06.11.1998 T. ve 23515 S. RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Risk Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği. Bu tebliğler yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>44</sup> 09.10.2013 T. ve 28790 S. RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren III-48.3 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği.

<sup>45</sup> Tüzel kişilik haricinde girişim sermayesi yatırım ortaklığı ve fonları karakteristik olarak çok benzediği için bölümün devamında yalnızca girişim sermayesi yatırım ortaklıklarından bahsedilecektir.

<sup>46</sup> Tekin Memiş / Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 163.

<sup>47</sup> 02.01.2014 tarih ve 28870 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren III-52.4 sayılı Girişim Sermayesi Yatırım Fonlarına İlişkin Esaslar Tebliği.

Girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının yaptığı yatırımlar da bireysel katılım yatırımcılığında olduğu gibi belirli bir miktar sermayenin girişim şirketine sağlanarak karşılığında hisse alınması şeklinde çalışmaktadır.<sup>48</sup> Fakat bireysel katılım yatırım süreçlerinden en büyük farklılığı girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının SPK'ye tabi olması ve bireysel katılım yatırımcılığında olduğu gibi know-how ve network aktarma gibi bir amaç olmamasıdır. Ne var ki yine de yatırımcıların kimliğinin yatırım öncesinde belirli olması, girişim şirketinin, yatırımcının isminin girişim şirketine kazandırabilecekleri açısından ön bir değerlendirme yapmasına imkân tanımaktadır.

## B. Yatırımcının Kimliğinin Yatırım Öncesinde Belirli Olmadığı Mekanizmalar

Bir girişim şirketine yatırımcı olma ihtimali olan belirsiz bir yatırımcı kitesinin olduğu durumlarda, genellikle girişim şirketi, yatırımcının isim ve network çevresinden bir beklenti içerisinde olmamakta ve yatırım sonrasında yatırımdan bu tür yan faydalar elde edememektedir. Fakat bu neviden fon mekanizmalarının girişim şirketi açısından büyük bir avantajı da yatırımcı kitesinin geniş<sup>49</sup> olmasından kaynaklanan elde edilen fon miktarının fazla olma ihtimalidir.

### 1. Paya Dayalı Kitle Fonlaması

Paya dayalı kitle fonlaması,<sup>50</sup> “internet kanalıyla, şirkette pay<sup>51</sup> sahibi olmak amacıyla para verilmesi temeline dayanan bir finansman yöntemidir”.<sup>52,53</sup> III-35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin<sup>54</sup> (III-35/A.1 sayılı Tebliğ) 4. maddesinde, paya dayalı kitle fonlaması, “*pay karşılığında kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanması*” olarak tanımlanmaktadır. III-35/A.1 sayılı Tebliğ'in dayanıldığı SPK'nın 3. maddesinin z bendinde ise paya dayalı kitle fon-

<sup>48</sup> Onur Atilla, *Girişimciliğin Finansmanında Risk Sermayesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=t17\\_5Pk8iz095k6OZcD5qA&no=P9YyM5voVotAj4gusRxxaQ](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=t17_5Pk8iz095k6OZcD5qA&no=P9YyM5voVotAj4gusRxxaQ) (erişim tarihi 11.06.2021).

<sup>49</sup> Fatma İzmirli Ata, “*Yeni Nesil Finansman Yöntemi Olarak Kitle Fonlama: Türkiye Potansiyeli*”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, Yıl: 2018, <https://dergipark.org.tr/en/pub/cbayarsos/issue/38081/439447> (erişim tarihi 08.06.2021), s. 275.

<sup>50</sup> İngilizce'de *equity-based crowdfunding* olarak kullanılmaktadır.

<sup>51</sup> III-35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 4. maddesinin p bendinde ‘*girişim şirketinin sermayesini temsil eden ve sahibine ortaklık hakkı veren menkul kıymet*’ olarak tanımlanmaktadır.

<sup>52</sup> Mehmet Bahtiyar, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 22.

<sup>53</sup> Muhammet Tunahan Çağlar, “*Yeni Nesil Alternatif Finansman Yöntemi Olarak Kitle Fonlama: Dünya ve Türkiye Uygulaması*”, Uygulamalı Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/en/pub/iuusbd/issue/49387/572366> (erişim tarihi 11.06.2021), s. 20.

<sup>54</sup> 03.10.2019 tarih ve 30907 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren III-35/A.1 Sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği.

laması ifadesinin “*Bir projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla Kurul tarafından belirlenen esaslar dâhilinde bu Kanunun yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanması*” anlamına geldiği düzenlenmektedir.

Paya dayalı kitle fonlaması Türk hukuku bakımından epey yeni<sup>55</sup> bir kurum olduğundan, usul ve esaslarına ilişkin genel bir bilgi verilmesi bu fon mekanizmasının anlaşılması için yararlı olacaktır. Öncelikle, III-35/A.1 sayılı Tebliğ uyarınca paya dayalı kitle fonlama faaliyeti, SPK tarafından listeye alınan kitle fonlama platformları aracılığıyla yürütülebilmektedir (III-35/A.1 sayılı Tebliğ m.5). Kitle fonlama platformlarının listeye alınabilmesi için, kitle fonlama platformlarının anonim ortaklık olmaları, tamamı nakden ödenmiş asgari 1.000.000 Türk Lirası sermayeye sahip olmaları, paylarının tamamının nama yazılı olması, ‘Kitle Fonlama Platformu’ ibaresini içeren bir ticaret unvanına sahip olmaları, esas sözleşmelerinin, ortaklarının ve yönetim kurulu üyelerinin III-35/A.1 sayılı Tebliğ’e uygun olması<sup>56</sup> gibi birtakım şartlar da getirilmiş, böylece paya dayalı kitle fonlama faaliyetinin yapılacağı internet sitelerinin kurulması zorlaştırılmış, yatırımcılar ve girişim şirketleri açısından bir güven ortamı yaratılmaya çalışılmıştır.

III-35/A.1 sayılı Tebliğ’e bakıldığında, faaliyete ilişkin belirtilebilecek ilk husus, yalnızca kitle fonlaması faaliyeti yürütebilen kitle fonlama platformlarının bünyelerinde bir yatırım komitesi<sup>57</sup> oluşturarak, platforma üye olup kendilerine

<sup>55</sup> Oya Ekici / İbrahim Sırma / Yusuf Aytürk, “*Alternatif Finansman Yöntemi Olarak Kitle Fonlaması ve Yenilikçilik İlişkisi*”, BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2019, [https://www.bddk.org.tr/Content/docs/bddkDergiTr/dergi\\_0026\\_06.pdf](https://www.bddk.org.tr/Content/docs/bddkDergiTr/dergi_0026_06.pdf) (erişim tarihi 07.06.2021), s. 217.

<sup>56</sup> Ortakların ve yönetim kurulu üyelerinin uygun olmaları gerektiği söylenen III-35/A.1 sayılı Tebliğ’in 6. maddesinde belirtilen şartlar şu şekildedir: Müflis olmama, konkordato ilan etmiş olmama ya da SPK’ye başvuru tarihi itibarıyla iflas erteleme süresi içinde olmama, faaliyet izinlerinden biri SPK’ce iptal edilmiş kuruluşlarda bu müeyyideyi gerektiren olayda sorumluluğu bulunan kişilerden olmama, SPK’n’de yazılı suçlardan kesinleşmiş mahkumiyetinin bulunmaması, 14/1/1982 tarihli ve 35 sayılı mülga Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunan Bankerlerin İşlemleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve eklerine göre kendileri veya ortağı oldukları kuruluşlar hakkında tasfiye kararı verilmemiş olması, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 53’üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörizmin finansmanı, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması, İşin gerektirdiği dürüstlük ve itibara sahip bulunması, SPK’n’ın 101’inci maddesinin birinci fıkrasının a bendi uyarınca işlem yasaklı olmaması.

<sup>57</sup> Yatırım Komitesi, III-35/A.1 sayılı Tebliğ’in 4. maddesinin aa bendine “girişim şirketine veya girişimciye ait projeye ilişkin hazırlanan fizibilite raporunu değerlendiren, kampanyalara ilişkin hazırlanan kitle fonlaması bilgi formunu onaylayan ve platform yönetim kurulu tarafından belirlenen komite” olarak tanımlanmaktadır.

başvuran girişim şirketlerini veya henüz hukuken şirketleşmemiş fakat bir iş fikri olan girişimleri değerlendirdiği ve sunulan fizibilite raporuna göre kitle fonlama kampanyasına onay veya red verdikleridir. Daha sonra fon toplamasına onay verilen her bir girişim şirketi veya proje için internet sitesi üzerinde bir kampanya sayfası oluşturularak bu kampanya sayfasında yatırımcıların bilgi alabileceği ve karar süreçlerini etkileyebilecek her türlü bilgi ve belge yayımlanır. Bu onaylanan bilgi formunun kampanya sayfasında yayımlanmasıyla kampanya süresi başlar ve bu süre en fazla altmış gün olabilir. Belirlenen süre içerisinde girişim şirketinin veya projenin önceden hedeflenen tutarı yatırımcılardan toplaması halinde emanet yetkilisi toplanan fonu girişim şirketine, yapılan bir sermaye artırımını<sup>58</sup> sonrasında aktarmakta ve eğer henüz hukuken şirketleşmemiş fakat bir iş fikri olan bir girişim söz konusuysa, fonun aktarılması için girişimin şirket kurması gerekmektedir. Hedeflenen fon tutarına ulaşılamaması halinde toplanan fon ve hedeflenen fon tutarının geçilmesi halinde hedefi aşan kısım yatırımcılara iade edilmektedir. Ayrıca belirtilmesinde yarar olan başka bir husus da yatırımcıların ödeme emrinin verildiği andan itibaren 48 saatlik bir cayma hakkı sürelerinin olduğudur. Yatırımcılara tanınan bu hakkın önemli olmasındaki bir sebep de yatırımcılara Yatırımcı Tazmin Merkezi'ne<sup>59</sup> başvurma hakkı tanınmamış olmasıdır. Dolayısıyla, yatırımcıların yatırım yapacakları ve karşılığında pay alacakları girişim şirketini değerlendirirken bilinçli davranmaları önemlidir. Yatırımcılara ilişkin olarak vurgulanması elzem olan bir diğer hüküm de III-35/A.1 sayılı Tebliğ'in 15. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, nitelikli yatırımcı<sup>60</sup> olmayan kişilerin bir takvim yılı içerisinde 20.000 Türk Lirası yatırım yapabilecekleri fakat 100.000 Türk Lirası'nı geçmemek üzere yıllık net gelirlerinin %10'una kadar da bu sınırın esnetilebileceği bilinmelidir.

<sup>58</sup> Hisse devri ile değil de sermaye artırımını yoluyla yapılmasının sebebi yatırımın hissedara değil şirkete enjekte edilmesinin amaçlanmasıdır.

<sup>59</sup> SPKn'nin 82. maddesi, yatırımcıların tazminini "*SPK yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi halinde yatırımcıları tazmin kararı alır.*" demek suretiyle düzenlemektedir.

<sup>60</sup> III-35/A.1 sayılı Tebliğ'in 4. maddesinin o bendinde, nitelikli yatırımcı "*SPK'nin girişim sermayesi yatırım ortaklıklarına ilişkin düzenlemelerinde tanımlanan nitelikli yatırımcılar*" olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, III-48.3 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinin 1 bendi uyarınca nitelikli yatırımcı, "*SPK'nin ilgili düzenlemelerinde tanımlanan gerçek ve tüzel kişiler, kamu kurum ve kuruluşları ile 15/02/2013 tarihli ve 28560 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bireysel Katılım Sermayesi Hakkında Yönetmelikte tanımlanan bireysel katılım yatırımcısı lisansına sahip kişiler*" anlamına gelmektedir. Bu tanımda belirtilen 'SPK'nin ilgili düzenlemelerinde tanımlanan gerçek ve tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları' ifadesine örnek olarak; yerli ve yabancı yatırım fonları, emeklilik fonları, yatırım ortaklıkları, aracı kurumlar, bankalar, sigorta şirketleri, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, vakıflar, kamuya yararlı dernekler, fon katılım paylarının halka arz tarihi itibarıyla en az 1 milyon TL tutarında Türk ve/veya yabancı para ve sermaye piyasası aracına sahip olan gerçek ve tüzel kişiler gösterilebilecektir.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, paya dayalı kitle fonlamaları, teknoloji veya üretim faaliyetlerinde bulunan, son beş yıl içerisinde kurulan, halka arz edilmemiş olan girişim şirketlerinin finansman elde etmek için başvurabileceği, girişim şirketinin dinamik yapısı ile ters düşmeyen bir fon mekanizması olarak açıklanabilecektir. Paya dayalı kitle fonlaması platformu aracılığıyla finansman elde eden girişim şirketlerinin<sup>61</sup> dikkat etmeleri gereken belki de en önemli husus, III-35/A.1 sayılı Tebliğ'in 16. maddesinin 10. fıkrası uyarınca, kampanya sürecinin başlaması ile birlikte, girişimciler ve girişim şirketi ortakları için üç yıllık bir pay devir sınırlamasıdır.

Son olarak, çalışmanın bir sonraki kısmında anlatılacak olan halka arz ile, farklı mekanizmalar oldukları SPKn tarafından da açıkça belirtilen<sup>62</sup> paya dayalı kitle fonlamasının, ilerleyen zamanlarda listelenmiş kitle fonlama platformlarının çıkmasıyla birlikte, izahname hazırlama<sup>63</sup> veya kamuyu aydınlatma gibi yükümlülüklerinin olmaması, girişim sermayesi hukukunun en yaygın kullanılan fon mekanizmalarından biri olmaya aday olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

## 2. Halka Arz

SPKn'nin 3. maddesinin f bendinde halka arz,<sup>64</sup> 'sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satış' olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde, "küçük tasarrufların değerlendirilerek şirket için anlamlı bir yatırıma dönüştürülmesi için kullanılan bir finansman sağlama yöntemi"<sup>65</sup> olarak betimlenen halka arz, SPKn'deki geniş tanımından ziyade bu çalışmada, ortaklık paylarının satın alınması için yapılan çağrı ve satış işlemini kastedecek şekilde kullanılmaktadır. Buna göre, halka açık ortaklığın tanımına bakıldığında, SPKn'nin 3. maddesinin e bendi ile karşılaşılmakta ve halka açık anonim şirket, "Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımda karşılaşılan halka arz edilme

<sup>61</sup> Girişim şirketinin, finansmandan sonra kurulması halinde, 3 yıllık sürenin kuruluşundan itibaren başlayacağı kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Veliye Yanlı, "Paya Dayalı Kitle Fonlaması Düzenlemesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2020, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/batider-makaleler/paya-dayali-kitle-fonlamasi-duzenlemesi-paya-dayali-kitle-fonlamasi-duzenlemesi-32-33> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 49.

<sup>62</sup> SPKn'nin 3. maddesinin e bendinde, halka açık ortaklık, "Kitle fonlaması platformları aracılığıyla para toplayanlar hariç olmak üzere, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar" olarak tanımlanmaktadır.

<sup>63</sup> Memiş / Turan, s. 69.

<sup>64</sup> İngilizce'de *initial public offering* olarak geçmektedir. Bu ifade, paylarını ilk defa halka arz eden şirketler için kullanılmakta ve ilk halka arz olarak bilinmektedir. Hali hazırda payları halka arz edilmiş bir şirketin paylarının bir kısmını daha hala açık hale getirmek için yaptığı halka arza da ikincil halka arz ismi verilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Ece Kılıç, "Halka Arz ve Borsada İşlem Görme Koşulları", n.d., [https://www.academia.edu/35317431/ECE\\_KILIÇ\\_1\\_BÖL\\_TEZ](https://www.academia.edu/35317431/ECE_KILIÇ_1_BÖL_TEZ) (erişim tarihi 13.06.2021), s. 2.

<sup>65</sup> Memiş / Turan, s. 52.



ifadesi payların satın alınması için geniş bir kitleye yapılan çağrı ve satış işlemini karşılamakta<sup>66</sup> ve halka arz edilmiş sayılma ibaresi ise SPKn 16/1’de de açıklandığı üzere pay sahibi sayısı 500’ü aşan anonim ortaklıkları işaret etmektedir.<sup>67</sup>

Halka arz edilmiş sayılma bir yana, halka arzın belirli bir prosedüre göre yapılması gerekmektedir. Halka arz, mevcut payların halka arzı<sup>68</sup> şeklinde yapılabileceği gibi, sermaye artırım yoluyla,<sup>69</sup> bir başka ifadeyle yeni pay ihraç etmek suretiyle veya her iki yöntemin birlikte kullanılması ile yapılabilmektedir. Hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, paylarını halka arz etmek isteyen bir şirket, öncelikle buna ilişkin bir yönetim kurulu kararı alarak, ön hazırlık süreci için bir çalışma grubu oluşturur, izahname<sup>70</sup> başta olmak üzere gerekli evraklar hazırlanır ve bir genel kurul kararı ve esas sözleşmenin tadil edilmesiyle birlikte ön hazırlık süreci tamamlanır. Daha sonra hazırlanan evrakların SPK ve Borsa İstanbul’a gönderilme aşaması vardır. Merkezi Kayıt Kuruluşu’na, TakasBank’a müracaat edilmesi, SPK’nin izahnameyi onaylaması sonucunda halka arz yatırımcılara duyurulur ve satış işlemine geçilir.

Halka arz edilmek suretiyle paylarının bir kısmı veya tamamı halka açık hale gelmiş anonim şirketler, TTK’ye ek olarak SPKn’ye de tabi hale gelmektedir. Bu kapsamda, payların borsada işlem görme zorunluluğu, kurumsal yönetim ilkelelerine uyma zorunluluğu gibi birtakım yükümlülükler devreye girmektedir.

Yukarıda prosedürü ve izlenmesi gereken aşamaları kısaca belirtildiği üzere, halka arz, bu çalışmada yer alan alternatif fon mekanizmalarından en eski ve en kapsamlı düzenlenendir. Bu durum göze alındığında, erken aşama girişim şirketleri bakımından tercih edilmesi pek mümkün olmamaktadır. Zira hem maliyet hem de usul olarak kuruluş aşamasında olan girişim şirketlerini zorlayabilmektedir.<sup>71,72</sup>

<sup>66</sup> Bahtiyar, s. 19.

<sup>67</sup> Bahtiyar, s. 19.

<sup>68</sup> Hali hazırda ihraç edilmiş payların, sahipleri tarafından halka arz edilmesi anlamına gelmektedir (Kılıç, [https://www.academia.edu/35317431/ECE\\_KILIÇ\\_1\\_BÖL\\_TEZ](https://www.academia.edu/35317431/ECE_KILIÇ_1_BÖL_TEZ), s. 9). Bir finansman yöntemi olarak kabul edilemeyecektir, zira burada payların satışı sonrasındaki gelir, mevcut pay sahibine aittir.

<sup>69</sup> Piyasaya yeni pay ihraç edilmesi ve şirket için finansman elde edilmesi söz konusu olmaktadır (bkz. Kılıç, [https://www.academia.edu/35317431/ECE\\_KILIÇ\\_1\\_BÖL\\_TEZ](https://www.academia.edu/35317431/ECE_KILIÇ_1_BÖL_TEZ), s. 9).

<sup>70</sup> Haziran 2013 T. ve 28685 S. RG.’de yayımlanarak yürürlüğe giren II-5.1 sayılı “İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği uyarınca izahname, ihraççının ve varsa garantörün finansal durum ve performansını ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesini ifade eder.

<sup>71</sup> Abdülhamid Oğuzhan Hacıömeroğlu, “Paya Dayalı Kitle Fonlamasında Kamuyu Aydınlatma”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 15, Yıl: 2020, <https://dergipark.org.tr/en/pub/mdergi/issue/55178/757584> (erişim tarihi 08.06.2021), s. 279.

<sup>72</sup> Yanlı, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/batider-makaleler/paya-dayali-kitle-fonlamasi-duzenlemesi-paya-dayali-kitle-fonlamasi-duzenlemesi-32-33>, s. 33.



Son olarak da halka arzın girişim şirketi için avantajlarından bahsedilerek tercih eden girişim şirketlerinin bu zorlu uygulamayı neden seçtiklerinden bahsedilecektir. Halka arz edilen şirketin paylarının değeri, piyasa tarafından belirlenmekte ve bu da şirket değerlemesi için daha objektif bir metrik yaratmaktadır. Bağımsız denetimden geçen, Kamuyu Aydınlatma Platformu'na kaydolmuş girişim şirketi daha şeffaf<sup>73</sup> ve piyasada güven uyandıran bir konuma sahip hale gelmektedir. Bu da girişim şirketinin sonraki finansman ihtiyaçları için kredi kuruluşlarına başvurmasını kolaylaştırmaktadır. Halka açık girişim şirketlerinin ortakları, paylarını satmak istediklerinde, daha kolay alıcı bulmakta ve bu da mevcut ortaklık likidite ihtiyaçlarını gidermektedir.<sup>74</sup>

### III. YATIRIMCIYA HİSSE VERİLMİYEN FON MEKANİZMALARI

Çalışmanın bu bölümünde, yatırımcının yatırımı karşılığında yatırımcıya hisse verilmeyen fon mekanizmaları üzerinde durulacak ve bu mekanizmalarda yatırımcının bir karşı edimi olup olmadığı ve varsa bu edimin ne olduğu ele alınacaktır.

#### A. İlk Dijital Para Arzı

İlk Dijital Para Arzı,<sup>75</sup> girişim şirketinin en yaygın kullanılan kripto paralar<sup>76</sup> olan Bitcoin ve Ethereum karşılığında yatırımcıya yeni bir coin<sup>77</sup> veya token arz ettiği bir fon mekanizmasıdır.<sup>78</sup> Detaylı anlatmak gerekirse, sermaye

<sup>73</sup> Bu şeffaflık bazı durumlarda şirket için bir dezavantaj olabilmekte, bu yükümlülük girişim şirketini rakiplerinin edinmesini istemeyeceği bilgileri de paylaşmak zorunda bırakabilmektedir.

<sup>74</sup> Kılıç, [https://www.academia.edu/35317431/ECE\\_KILIÇ\\_1\\_BÖL\\_TEZ](https://www.academia.edu/35317431/ECE_KILIÇ_1_BÖL_TEZ), s. 6.

<sup>75</sup> İngilizce'de *initial coin offering* olarak kullanılmaktadır.

<sup>76</sup> Türk hukuku kapsamında elektronik para olarak kabul edilmeyen ve yalnızca bir sanal para olarak değerlendirilen (bkz. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Duyurular, *Kripto Para Açıklaması*, [https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru\\_0512\\_01.pdf](https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf) (erişim tarihi 01.06.2021)). Kripto paralar, blok zincir teknolojisini de beraberinde getirmiş ve ilk defa Satoshi Nakamoto takma isimli bir kişi veya kişilerin yayımladığı bir whitepaper ile ortaya çıkmış olan Bitcoin ile doğmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Satoshi Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", 2009, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (erişim tarihi 09.06.2021).

<sup>77</sup> Coin, kendi blokzincirini kullanan kripto para anlamına gelip, Türkçe'ye jeton olarak çevrilebilecek token ise hali hazırda var olan blok zinciri kullanılarak oluşturulan dijital bir varlıktır (bkz. Wilfred Michael, *Token c. Coin: What's the Difference*, n.d., <https://bitcourier.co.uk/blog/token-vs-coin> (erişim tarihi 08.06.2021)). (bkz. Melih Sefa Yavuz / Mehmetcan Suyadal, "Girişimciliğin Finansmanında Initial Coin Offering (ICO) Yöntemi ve Alternatif Finansman Yöntemleriyle Karşılaştırılması", *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 3, Yıl: 2020, <https://dergipark.org.tr/en/pub/anadoluibfd/issue/56987/795827> (erişim tarihi 09.06.2021), s. 72).

<sup>78</sup> Jake Frankenfield, *Initial Coin Offering (ICO)*, Investopedia, 2020, <https://www.investopedia.com/terms/i/initial-coin-offering-ico.asp> (erişim tarihi 11.06.2021).

arayışındaki bir girişim şirketi, bir whitepaper<sup>79</sup> hazırlayarak fonlamak istediği projeyi yatırımcılara tanıtmakta<sup>80</sup> ve değerinin artacağına ikna etmeye çalıştığı coin veya token'ını yatırımcılara genellikle Bitcoin veya Ethereum karşılığında satmaktadır.<sup>81,82</sup> Daha basit bir anlatımla, yatırımcılar, gelecekte değerlendirileceklerini düşündükleri yeni bir token veya coin satın almaktadırlar.<sup>83</sup>

İlk dijital para arzının Türk hukukunda bir karşılığı bulunmamasının nedeni, kripto paralara ilişkin yasal bir düzenlemenin henüz yapılmamış olmasıdır. 16.04.2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik uyarınca, ödeme hizmetlerine aracılık eden kuruluşların, kripto varlıkların alım, satım, saklama, transfer veya ihraç hizmetlerine veya bu hizmetleri sunan platformlara aracılık etmemesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kripto para alım satım işlemlerine ilişkin sınırlayıcı olarak nitelendirilebilecek olan yönetmelik, şu an için Türk hukukunda kripto paralara dair çıkarılmış olan tek düzenlemedir. Durum böyle olunca, ilk dijital para arzı mekanizmasının kullanılması yoluyla sermaye ihtiyacının karşılanması Türk girişim şirketleri bakımından pek olası görünmemektedir.

Ne var ki konuya ilişkin olarak başka ülkelerin yaklaşımları da Türk hukuku ile paralellik göstermektedir. Örneğin, İngiltere'de Finansal Yönetim Kurumu,<sup>84</sup> 2017 yılında bir uyarı yayımlayarak ilk dijital para arzının risklerini belirtmiştir.<sup>85</sup>

<sup>79</sup> Halka arz mekanizmasındaki izahnameye benzetilebilecek olan ve beyaz kâğıt, beyaz sayfa olarak da çevrilebilecek olan whitepaper, ilk dijital para arzı yapan girişim şirketinin yatırımcıları bilgilendirmek amacıyla hazırladığı evraka verilen isimdir. Detaylı bilgi için bkz. Adam Hayes, "White Paper", Investopedia, 2021, <https://www.investopedia.com/terms/w/whitepaper.asp> (erişim tarihi 11.06.2021).

<sup>80</sup> Nevzat Tetik / Ahmet Öner, "Ülkemiz Girişimcileri İçin Yeni Bir Yatırım Desteği Modeli: Initial Coin Offering (ICO)", Muhasebe ve Finans İncelemeleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Yıl: 2020, doi: 10.32951/mufider.635743 (erişim tarihi 10.06.2021), s. 17.

<sup>81</sup> Doğa Şanlıoğlu, *Bir Kitleli Fonlama Türü Olarak ICO (Initial Coin Offering): Hukuksal Alt Yapı Açısından Bir Değerlendirme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cHlfOSyBBhJllyXhOx7muQ&no=S-rbSwbaL0FYyvFSUSG8eA> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 40.

<sup>82</sup> Türkiye Bilişim Vakfı, *Kriptopara ve ICO Raporu*, 2020, [https://bctr.org/dokumanlar/Kriptopara\\_ve\\_ICO.pdf](https://bctr.org/dokumanlar/Kriptopara_ve_ICO.pdf) (erişim tarihi 11.06.2021).

<sup>83</sup> Aleksei Panin / Kai-Kristian Kemell / Veikko Hara, "Initial Coin Offering (ICO) as a Fundraising Strategy: A Multiple Case Study on Success Factors", Lecture Notes in Business Information Processing, S. Hyrynsalmi / M. Suoranta / A. Nguyen-Duc, / P. Tyrväinen / P. Abrahamsson, Software Business, Cilt: 370, Yıl: 2019, doi: [https://doi.org/10.1007/978-3-030-33742-1\\_19](https://doi.org/10.1007/978-3-030-33742-1_19) (erişim tarihi 08.06.2021), s. 240.

<sup>84</sup> İngilizce'de *Financial Conduct Authority* olarak kullanılmaktadır.

<sup>85</sup> Financial Conduct Authority, Consumer Warning About the Risks of Initial Coin Offerings, 2017, <https://www.fca.org.uk/news/statements/initial-coin-offerings> (erişim tarihi 12.06.2021).

Sayılan riskler arasında, regülasyonu olmayan bir alan olma, yatırımcı korumasına sahip olmama, fiyat dalgalanmaları, dolandırıcılık ihtimalinin yüksek olması, yetersiz dokümantasyon gibi hususlar bulunmaktadır.<sup>86</sup>

Açıklanan nedenlerle, diğer fon mekanizmalarına kıyasla oldukça yeni tarihli olan ve yeni bir teknolojiyi baz alan bu fon kaynağının nasıl bir geleceği olduğunu, hukuk sistemlerinin yaklaşımları şekillendirecektir.

## B. Bağış Bazlı Kitle Fonlaması

Bağış bazlı kitle fonlaması,<sup>87</sup> girişim şirketinin bir kitle fonlama platformunda yer alarak girişimine, karşılığında herhangi bir edim taahhüt etmeksizin fon toplaması olarak tanımlanabilecektir.<sup>88</sup>

Mekanizma olarak, bağış bazlı kitle fonlaması, girişim şirketinin bir bağış bazlı kitle fonlama platformuna üye olarak bir proje oluşturmasıyla başlamaktadır. Bağış projesini başlatan girişim şirketi, kitle fonlama platformunca belirlenmiş olan sürede en başta hedeflenen fonu toplama gayretindedir. Belirlenen sürede, hedefe ulaşılmadığı takdirde, bazı kitle fonlama platformlarında, girişim şirketi, kitle fonlama platformunun ‘Ya Hep Ya Hiç’ politikası nedeniyle toplanan bağışın hiçbirini almaya hak kazanamazken, çoğunluk uygulaması, hedefe ulaşılmasa dahi toplanan kadarıyla paranın girişim şirketine aktarılması yönündedir.<sup>89</sup>

Türk hukukunda bağış bazlı kitle fonlamalarına yönelik bir düzenleme yer almamakta, hatta Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği’nde bağış bazlı kitle fonlamasının tebliğ kapsamında yer almadığı açıkça vurgulanmaktadır.<sup>90,91</sup> Ne var ki yatırımcı ve girişim şirketi/girişimci arasındaki ilişkinin, Türk Borçlar Kanunu’nun<sup>92</sup> (TBK) bağışlama sözleşmesine ilişkin hususları düzenleyen 285.

<sup>86</sup> Financial Conduct Authority.

<sup>87</sup> İngilizce’de *donation-based crowdfunding* olarak kullanılmaktadır.

<sup>88</sup> Mónica Kuti / Gábor Madarász, “*Crowdfunding*”, Public Finance Quarterly, Cilt: 59, Sayı: 3, Yıl: 2014, Budapeşte, <https://www.proquest.com/docview/1961508065?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true> (erişim tarihi 07.06.2021), s. 357.

<sup>89</sup> Douglas J. Cumming / Sofia A. Johan, “*Crowdfunding Models: Keep It All Versus All Or Nothing*”, Crowdfunding, Douglas J. Cumming / Sofia A. Johan, Academic Press, 2020, <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-814637-8.00005-6> (erişim tarihi 23.06.2021), s. 100.

<sup>90</sup> III-35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği’nin 2. maddesinin 2. fıkrası “*Herhangi bir pay karşılığı olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla ödül veya bağış karşılığında fon toplanması faaliyetleri bu Tebliğ hükümlerine tabi değildir.*” şeklinde bir hükümlerle bu tür kitle fonlamalarını kapsam dışı bırakmaktadır.

<sup>91</sup> Belirtilmelidir ki karşılıksız bir kazandırmaya ilişkin olduğu için bağış bazlı kitle fonlaması, kitle fonlaması türlerinden hukuki düzenlemeye en az ihtiyaç duyanıdır. Detaylı bilgi için bkz. Emre Sakızlı, “*Alternatif Bir Finansman Yöntemi: Kitlesel Fonlama*”, İktisadi Kalkınma Vakfı, Yıl: 2018, <https://www.ikv.org.tr> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 11.

<sup>92</sup> 04/02/2011 T. ve 27836 S. RG.’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

madde ve devamı hükümlerine göre yönetilebileceğini söylemek mümkün olacaktır.<sup>93</sup> Buna göre, yatırımcının bağışlama ehliyetinin olması için fiil ehliyetine sahip bir kişi olması;<sup>94</sup> girişim şirketinin ise bağışlanana kabul etme ehliyetinin olması için fiil ehliyetine sahip olması,<sup>95</sup> bir başka ifadeyle girişim şirketinin yetkili organının bağışlamayı kabul etmesi gerekmektedir.

Bağış bazlı kitle fonlaması, girişim şirketinin yüksek miktarlarda fon elde etmesi için uygun bir yöntem olmayıp, daha ziyade küçük ölçekli finansman sağlayan bir mekanizmadır.<sup>96</sup> Ancak bu mekanizmanın karşılıksız kazandırmaya dayanıyor olması, girişim şirketinin fon karşılığında hiçbir maliyeti olmadığı anlamına geldiğinden bazı durumlarda girişim şirketi için ilk tercih edilebilecek fon mekanizmalarından biri olabilecektir.

### C. Ödül Bazlı Kitle Fonlaması

Ödül bazlı kitle fonlaması,<sup>97</sup> kitle fonlama platformları aracılığıyla girişim şirketlerinin önceden hedefledikleri fon tutarına, belirlenen sürede ulaşmaları gereken ve yatırımcıların destekleri karşılığında yatırımcılara ödül vaadinde bulunan bir kitle fonlama türüdür.<sup>98</sup>

Bir girişim şirketi, ödül bazlı kitle fonlamasına imkân tanıyan kitle fonlama platformlarından birine üye olarak, projesi için bir sayfa oluşturmakta ve bir hedef fon belirlemektedir.<sup>99</sup> Daha sonra, platformun belirlediği süre boyunca girişim şirketi, yatırımcılardan fon toplamaktadır.<sup>100</sup> Fonlamanın başlamasından önce girişim şirketi, yapılacak fonlamaların karşılığında hangi ödüllerin verileceğini

<sup>93</sup> Bağış bazlı kitle fonlamasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmuyor olması yatırımcı açısından fazla risk teşkil eden bir durum değildir (Detaylı okuma için bkz. Sakızlı, s. 11). Zira kanaatimizce, yatırımcıya vaadedilen herhangi bir karşılık olmaması itibarıyla, yatırımcının herhangi bir kazanç beklentisi de bulunmamaktadır.

<sup>94</sup> TBK m.286: “Fiil ehliyetine sahip olan herkes, eşler arasındaki mal rejiminden veya miras hukukundan doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere, bağışlama yapabilir.”

<sup>95</sup> TBK m.287: “Fiil ehliyeti bulunmayan kişi ayırt etme gücüne sahipse, bağışlamayı kabul edebilir.”

<sup>96</sup> İstatistiklere göre, bağış bazlı kitle fonlama ile 1.000 Amerikan Doları ile 10.000 Amerikan Doları arasında nakdi sermaye elde edilebilmektedir. Detaylı okuma için bkz. Samit Patel, *How Much Can You Actually Raise Through Crowd-Funding?*, 2019, <https://www.quora.com/How-much-can-you-actually-raise-through-crowd-funding> (erişim tarihi 05.06.2021).

<sup>97</sup> İngilizce’de *reward-based crowdfunding* olarak kullanılmaktadır.

<sup>98</sup> Betül Açıköz / Yıldız Ayanoglu / Serap S. Yanık, “Muhasebe Bakış Açısından Bağış (Yardım) ve Ödüle Dayalı Kitle Fonlama”, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, Sayı: 86, Yıl: 2020, doi: 10.25095/mufad.710215 (erişim tarihi 12.06.2021), s. 60.

<sup>99</sup> European Commission, *Rewards-Based Crowdfunding*, n.d., [https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards\\_en](https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards_en) (erişim tarihi 23.06.2021).

<sup>100</sup> European Commission, [https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards\\_en](https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards_en).

belirlemekte ve yatırımcılara bu ödülleri taahhüt etmektedir.<sup>101</sup> Belirlenmiş olan süre sonunda girişim şirketinin hedeflediği fonu toplaması halinde, toplanan fon girişim şirketinin olmakta, aksi halde, fon yatırımcılara iade edilmekte ve girişim şirketi ödül taahhüdünden kurtulmaktadır.<sup>102</sup> Bu yaklaşımla, hedeflenen fona ulaşılamamasının TBK kapsamında bozucu şart olarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilecektir.<sup>103</sup>

Türk hukukuna bakıldığında, ödül bazlı kitle fonlaması, bağış bazlı kitle fonlamasında olduğu gibi Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nden hariç tutulmakta,<sup>104</sup> dolayısıyla herhangi bir hukuki düzenlemeye tabi kılınmamaktadır. Bunun sonucu olarak olası bir hukuki uyumsuzluk durumunda doğrudan baş vurulabilecek bir mevzuat bulunmamaktadır. Bağış bazlı kitle fonlamadan fazla olmasına<sup>105</sup> karşın yine de çok yüksek getiri sağlayan bir fon mekanizması olmakla<sup>106</sup> birlikte, yatırımcılara bir ödül taahhüt edilmesi itibarıyla, yatırımcıların güvenliği açısından bir mevzuata dahil edilmesi faydalı olacaktır.

<sup>101</sup> European Commission, [https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards\\_en](https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards_en).

<sup>102</sup> European Commission, [https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards\\_en](https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards_en).

<sup>103</sup> Bozucu şart, TBK m.173'te, "sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılan sözleşme, bozucu koşula bağlanmış olur." şeklinde düzenlenmektedir. Belirtilen bu çıkarım kanuni tanıma dayanılarak yapılmaktadır. Zira, hedeflenen fona ulaşıp ulaşılamayacağı TBK'daki ifadeye uygun olarak 'önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olgu' olup hedeflenen fona ulaşılamaması haline girişim şirketi ile kitle fonlama platformu arasındaki sözleşme sona ermektedir.

<sup>104</sup> III-35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği'nin 2. maddesinin 2. fıkrası "*Herhangi bir pay karşılığı olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla ödül veya bağış karşılığında fon toplanması faaliyetleri bu Tebliğ hükümlerine tabi değildir.*" şeklinde bir hükümlerle bu tür kitle fonlamalarını kapsam dışı bırakmaktadır.

<sup>105</sup> Aslı Vural, *Girişimciler İçin Yeni Nesil Bir Finansman Modeli "Kitle Fonlaması - Crowdfunding": Dünya ve Türkiye Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme ve Model Önerisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=mp6leNtom28Z9Yrts89bIg&no=7iDczavSLcejNTgTUM9R7w> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 62.

<sup>106</sup> Kitle fonlama platformlarından alınan verilere göre, örneğin Fongogo platformunda 2018 yılında, 293 projenin 125'i başarılı olmuş ve toplamda 2.080.424,00 TL fon toplanmıştır. Toplanan fonlardan en yükseği 51.490,00 TL'dir. Bir başka örnek olarak, yine 2018 yılında CrowdfON üzerinden toplamda 84.221,00 TL toplandığını ve en yüksek getirinin girişim şirketi başına 41.236,00 TL olduğu söylenebilecektir (Detaylı inceleme için bkz. Vural, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=mp6leNtom28Z9Yrts89bIg&no=7iDczavSLcejNTgTUM9R7w>, s. 156).

## D. Borç Bazlı Kitle Fonlaması

Yatırımcıların, sabit bir faiz getirisiyle girişim şirketine borç verdiği kitle fonlama türü olarak tanımlanabilecek<sup>107</sup> borç bazlı kitle fonlaması,<sup>108</sup> 25.02.2020 T. ve 31050 S. RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7222 S. Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile birlikte Sermaye Piyasası Kanunu'nun 35/A maddesine dahil edilmiş olmakla birlikte henüz ikincil düzenleme Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılmamıştır. Borç bazlı kitle fonlaması modelini kullanarak fon toplayan girişim şirketleri, banka kredilerinin ölçütlerine uymaksızın finansman elde edebilmektedir.<sup>109</sup> Üstelik, 2020 verilerine göre global düzlemde borç bazlı kitle fonlaması ile toplanan toplam fonun 25 milyar dolar<sup>110</sup> ve tüm kitle fonlama türleri ile toplanan fon miktarının 34 milyar dolar olduğu<sup>111</sup> göz önünde bulundurulduğunda, kitle fonlama türlerinden girişim şirketleri için en fazla sermaye getiren kitle fonlama türünün borç bazlı kitle fonlaması olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

Türkiye'deki girişim şirketlerinin borç bazlı kitle fonlama mekanizmasını kullanarak finansman elde etmesinin, çıkarılacak olan tebliğ sonrasında hızlanacağını ve borç bazlı kitle fonlamasının prosedür olarak da kolay olması halinde en çok kullanılan fon mekanizmalarından biri olacağını söylemek yerinde olacaktır. Ancak öncelikle, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun<sup>112</sup> borç bazlı kitle fonlamasının uygulamasına elverişli hale getirilmesi gerekmektedir.<sup>113</sup>

## III. TARAFLARIN HİSSE ALIP ALMAMADA SEÇİMLİK HAKKI OLAN MEKANİZMALAR

Çalışmanın bu son ve üçüncü bölümünde, yatırımcıya verilecek karşı edimin hisse veya faiz getirisi olması konusunda yatırımcının yahut girişim şirketinin/ girişimcinin seçimler hakkı olan fon mekanizmalarına yer verilecektir.

<sup>107</sup> Nuray Atsan / Eda Oruç Erdoğan, “Girişimciler İçin Alternatif Bir Finansman Yöntemi: Kitle Fonlama (Crowdfunding)”. Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı: 10(1), Yıl: 2015, <https://dergipark.org.tr/en/pub/oguiibf/issue/56487/785420> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 298.

<sup>108</sup> İngilizce'de *debt-based crowdfunding* olarak kullanılmaktadır.

<sup>109</sup> Mustafa Ergen, *Girişimci Kapital: Silikon Vadisi Tarihi ve Startup Ekonomisi*, İstanbul, Alfa Yayınları, 2018, s. 388. (Aktaran: Şanlıoğlu, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cHlfOSyBBhJllyXhOx7muQ&no=SrbSwbaLOFYyvFSUSG8eA>, s. 18).

<sup>110</sup> Fundly, *Crowdfunding Statistics*, 2020, <https://blog.fundly.com/crowdfunding-statistics/#general> (erişim tarihi 10.06.2021).

<sup>111</sup> Fundly, <https://blog.fundly.com/crowdfunding-statistics/#general>.

<sup>112</sup> 01.11.2005 T. ve 25983 S. RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, nakit borç verme konusunda yalnızca bankaların yetkili olduğunu belirtmektedir.

<sup>113</sup> Vural, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=mp6leNtom28Z9Yrts89bIg&no=7iDczavSLcejNTgTUM9R7w>, s. 168.



## A. Convertible Note

*Convertible note*,<sup>114</sup> yapılan belirli tutarda yatırımı ileri bir tarihte hisseye dönüştürme veya borcun iadesi kapsamında geri alma imkânı veren bir yatırım enstrümanı ve esasen kısa vadeli bir borçlanma aracıdır.<sup>115</sup> Bir borçlanma aracı olmasının yanında esasen “de facto olarak bir yatırım türü” olduğu söylenmektedir.<sup>116</sup> Temel amacı, değerlendirme sürecinin ve hisse müzakeresinin ortadan kaldırılması ve yatırımın bir an önce şirkete enjekte edilmesini sağlamaktır. *Convertible note* sahipleri, *convertible note*’un vadesine kadar girişim şirketine yaptıkları yatırımın hisseye dönüştürülmesini beklemekle yükümlüdür, vade dolduğu halde yatırımın hisseye dönüştürülmediği hallerde ise yapılan yatırımı belirlenen faizi ile birlikte geri isteme hakkına sahiptirler.<sup>117</sup>

Türk hukuku bakımından *convertible note*’un paya dönüştürülebilir tahvil ile oldukça benzer olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.<sup>118</sup> VII-128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği’nin<sup>119</sup> (VII-128.8 sayılı Tebliğ) 3. maddesi uyarınca<sup>120</sup> bir borçlanma aracı olarak nitelendirilen paya dönüştürülebilir tahviller, yine aynı tebliğin 3. maddesinin I bendinde “ihraççı ortaklığın sermaye artırımını suretiyle çıkaracağı paylara veya izahnamede veya ihraç belgesinde belirtilen esaslar

<sup>114</sup> Resmi bir Türkçe çevirisi bulunmamaktadır. Fakat en yaygın çevirisi, Paya Dönüştürülebilir Borç’tur (Detaylı okuma için bkz. Melih Aksan, *Girişim Sermayesi Hukuku 104: Paya Dönüştürülebilir Borç Yöntemi ile Yatırım ve Yüksek Çözünürlüklü Yatırım*, 2018, <https://medium.com/@melih.a/girisim-sermayesi-hukuku-104-paya-donusturulebilir-borcu-yontemi-ile-yatirim-ve-yuksek-8ff067b495c>) (erişim tarihi 10.06.2021).

<sup>115</sup> Amerikan Hukuku’nda Securities Exchange Act of 1934 yasası altında düzenlenmekte ve bir sermaye piyasası aracı niteliği taşımaktadır (bkz. Elçin Karatay, *Amerikan Hukuku Kaynaklı SAFE’lerin Türk Hukuku Kapsamında İncelenmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cCqe3mMwZgY1ZAuzBiOaYA&no=ExDtfSSeI24-TNjhQ-dcaw>) (erişim tarihi 10.06.2021), s. 90.

<sup>116</sup> Susan J. Chaplinsky / Joseph M. Becker, “*Convertible Notes: A Form of Early-Stage Financing*”, University of Virginia Darden Business Publishing, Sayı: UVA-F-1925, Yıl: 2019, <https://ssrn.com/abstract=3682592> (erişim tarihi 10.06.2021), s. 1.

<sup>117</sup> J. Brad Bernthal, “*The Evolution of Entrepreneurial Finance: A New Typology*”, Brigham Young University Law Review, Yıl: 2018, <https://scholar.law.colorado.edu/articles/1215/> (erişim tarihi 11.06.2021), s. 803.

<sup>118</sup> Karatay, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cCqe3mMwZgY1ZAuzBiOaYA&no=ExDtfSSeI24-TNjhQ-dcaw>, s. 87.

<sup>119</sup> 07/06/2013 S. ve 2860 T. RG.’de yayımlanarak yürürlüğe giren VII-128.8 sayılı Borçlanma Araçları Tebliği.

<sup>120</sup> Borçlanma Araçları Tebliği m.3/c: “*Borçlanma araçları, ihraççıların bu Tebliğ hükümlerine göre borçlu sıfatıyla düzenleyerek ihraç ettikleri tahvilleri, paya dönüştürülebilir tahvilleri, değiştirilebilir tahvilleri, finansman bonolarını, kıymetli maden bonolarını ve bu Tebliğin 34’üncü maddesi çerçevesinde niteliği itibari ile borçlanma aracı olduğu Kurulca kabul edilecek sermaye piyasası araçlarını*” ifade eder.



çerçevesinde temin edilen ihraççı paylarına dönüştürme hakkı veren borçlanma aracı” olarak tanımlanmaktadır.<sup>121</sup> VII-128.8 sayılı Tebliğ’in 4. maddesi uyarınca, borçlanma araçları, “yurt içinde halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin ya da yurt dışında satılmak üzere ihraç edilebilmektedir.” Ancak, aynı maddenin devamında, yurt içinde halka arz edilmeksizin yapılacak satışların nitelikli yatırımcıya satış veya birim nominal değeri asgari 100.000 TL olmak kaydıyla tahsisli satış şeklinde yapılması gerektiği belirtilmektedir. Girişim şirketlerinin halka arz edilmeksizin çıkarmak isteyebilecekleri paya dönüştürülebilir tahviller için bu hükümlere dikkat etmesi gerektiğinin altını çizmek yerinde olacaktır. Yine VII-128.8 sayılı Tebliğ’in 5. madde ve devamı hükümlerine göre, borçlanma aracı çıkarma kararının, ihraççının genel kurulu tarafından veya genel kurulu yahut esas sözleşme ile yetkilendirilmiş yönetim kurulu tarafından alınması ve sonrasında da Sermaye Piyasası Kurulu’na başvurulması gerekmektedir. Paya dönüştürülebilir tahvillerin vadesinin 365 günden az olamayacağı (VII-128.8 sayılı Tebliğ m.17/1), dönüştürme giderlerinin tamamının ihraççıya ait olduğu (VII-128.8 sayılı Tebliğ m.17/4), dönüştürme hakkını kullanmayan paya dönüştürülebilir tahvil sahiplerine ise anapara ve işlemiş faiz ödenmesi gerektiği (VII-128.8 sayılı Tebliğ m.17/7) de VII-128.8 sayılı Tebliğ’de yer alan düzenlemeler arasındadır.

Yukarıda paya dönüştürülebilir tahville ilişkin verilen bilgiler ışığında söylenebilir ki, bir girişim şirketinin Türk hukuku kapsamında paya dönüştürülebilir tahvil kullanması, zaman ve maliyet açısından zor ve girişim şirketlerinin karakteri ile uygun düşmeyen bir seçenektir.<sup>122</sup> Bu açıdan bakıldığında, Amerika’da bulunan girişim şirketleri arasında *convertible note* kullanımının Türkiye’den yaygın olması, Amerikan hukukunun bu konuya ilişkin yaklaşımının girişim şirketi dinamiklerine uygun ve elverişli olması ile açıklanabilecektir.

## B. Keep It Simple Security (K.I.S.S.)

*Keep It Simple Security*<sup>123</sup> (K.I.S.S.), en yalın anlatımla girişim şirketi ile bir yatırımcı arasında yapılan ve yatırımcının girişim şirketine yaptığı yatırımın karşılığı olarak hisse veya faiz getirisi alabildiği bir anlaşmadır.<sup>124</sup> *Convertible note*’un ihtiyaca göre şekillendirilmiş ve hız kazandırılmış hali olan K.I.S.S.,<sup>125</sup> geleneksel

<sup>121</sup> Bu çalışmanın doğrudan konusu olmadığı için, bu bölümde paya dayalı tahvillere ilişkin genel bir bilgilendirme yapılacaktır. Daha fazlası için bkz. VII-128.8 sayılı Tebliğ.

<sup>122</sup> Karatay, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cCqe3mMwZgYIZAuzBiOaYA&no=ExDtfSSel24-TNjhQ-dcaw>, s. 88.

<sup>123</sup> Resmi bir Türkçe çevirisi bulunmamaktadır.

<sup>124</sup> Nick Scannavino, *Introduction to Keep It Simple Security*, 2018, <https://medium.com/law-decrypted/introduction-to-keep-it-simple-security-kiss-38716794a3b1> (erişim tarihi 23.06.2021).

<sup>125</sup> Jeffrey Briggs, *For Founders Raising Capital: Thinking Through the Implications of Convertible Notes*, 2018, <https://www.toptal.com/finance/startup-funding-consultants/convertible-note> (erişim tarihi 23.06.2021).

erken aşama yatırım süreçlerini kısaltan ve hem yatırımcıya hem de girişim şirketlerine zaman kazandıran bir araç ve yatırımcı ve girişim şirketi arasındaki dengenin sağlanması için iki tarafın da ihtiyaçlarını karşılayan bir yatırım sözleşmesidir.<sup>126</sup>

Küçük-orta ölçekli internet girişimlerine odaklanan, erken aşama tohum fonu ve kuluçka merkezi olan 500 Startups, özellikle erken aşama yatırımlar için oluşan hukuki masrafları ve girişim şirketleri ile yatırımcıların yaşadıkları zaman kaybını azaltmak amacıyla 2014 yılında K.I.S.S. yasal dokümanını geliştirmiş<sup>127</sup> ve onları herkesçe erişilebilir hale getirmiştir.<sup>128</sup>

Hem yatırımcıların hem de girişim şirketlerinin menfaatlerine göre taslak hale getirilmiş iki tür K.I.S.S. sözleşmesinden bahsedilmesi mümkün olmaktadır. Bunlardan ilki olan K.I.S.S. Borç Versiyonu'nda<sup>129</sup> değerlendirme sınırı<sup>130</sup> ve indirim<sup>131</sup> bulunabilmekte ayrıca borç olarak tanımlanan yatırım için bir vade süresi ve vade süresi geldiğinde yapılan yatırımın (faiz ile veya faizsiz olarak) geri ödenmesi kararlaştırılabilmektedir. Bu versiyonda, taraflardan birine yatırımın hisseye mi dönüştürüleceği yoksa geri ödeme mi yapılacağı konusunda seçimlik hak tanınmaktadır.

K.I.S.S.'in diğer bir türü olan K.I.S.S. Hisse Senedi Versiyonu'nda<sup>132</sup> de değerlendirme sınırı ve indirim bulunabilmekte ancak bu versiyonda yapılan yatırımın kesin olarak hisse senedine dönüşeceği kararlaştırıldığı için bu sözleşmeler geri ödeme ve faiz özelliklerini içermemektedir.

K.I.S.S.'in avantajlarını ve dezavantajlarını incelerken girişim şirketleri açısından ve yatırımcılar açısından ayırım yapmak gerekmektedir. Ancak iki tarafı da K.I.S.S. gibi bir sözleşmeyi yapmaya iten ortak bir fayda, K.I.S.S.'in özellikle erken aşama yatırım süreçlerini kısaltan ve önceden hazırlanmış matbu bir evrak olmasından kaynaklanan hukuki masrafları azaltan yapısıdır.<sup>133</sup>

<sup>126</sup> Scannavino, <https://medium.com/law-decrypted/introduction-to-keep-it-simple-security-kiss-38716794a3b1>.

<sup>127</sup> Eqvista, “*KISS or Keep It Simple Security Convertible Note Calculator*”, 2020, <https://eqvista.com/kiss-or-keep-it-simple-security-convertible-note-calculator/> (erişim tarihi 10.06.2021).

<sup>128</sup> K.I.S.S. sözleşmelerine <https://500startups.app.box.com/s/8ybx9y3bhk4mte50v7kvehttps://500startups.app.box.com/s/wxkh7gqyqsfmoxixk7vm> linklerinden erişilebilmesi mümkündür.

<sup>129</sup> İngilizce’de *K.I.S.S. debt version* olarak kullanılmaktadır.

<sup>130</sup> İngilizce’de *valuation cap* olarak kullanılmaktadır. Anlamı, girişim şirketinin bir sonraki yatırım turunda ulaşacağı düşünülen en fazla değerlendirme tutarıdır. Girişim şirketinin bu değerlendirme tutarını aşması halinde de bu sınır değer üzerinden hesaplamalar yapılmaktadır. Bölümün devamında detaylıca incelenmektedir.

<sup>131</sup> İngilizce’de *discount* olarak kullanılmaktadır. Anlamı, yatırımcının girişim şirketinin hisselerini alırken mevcut değerlemeden düşük bir değerlemeyle daha çok hisse satın almış olmasıdır. Şirketin değerlemesinde yapılan indirim kastedilmektedir. Bölümün devamında detaylıca incelenmektedir.

<sup>132</sup> İngilizce’de *K.I.S.S equity version* olarak kullanılmaktadır.

<sup>133</sup> Eqvista, <https://eqvista.com/kiss-or-keep-it-simple-security-convertible-note-calculator/>.

Girişim şirketleri açısından bakılacak olursa başlangıçta hisse oranlarını da koruyarak şirkete para akışını sağlamak ve gelen bu yatırımı işleri geliştirmek için kullanmak en büyük avantajlardan biri olarak görünmektedir. Ayrıca aldıkları bu yatırım karşısında şirket hisselerini yatırımcıya vermedikleri için şirketin kontrolü de kendilerinde olmakta ve alınacak kararlara -en azından başlangıç aşamasında- yatırımcı müdahale etmemektedir. Tahmin edilebileceği gibi bu durum K.I.S.S. ile yatırım yapan yatırımcıların başlıca çekinceleri arasında yer almaktadır.

Yatırımcı açısından da şirkete en başta ortak olmamanın henüz gidişatı konusunda fikir sahibi olmadığı bir şirketten hisse sahibi olmamak ve şirketin durumuna göre hisse alma hakkına sahip olmak gibi önemli bir avantajı bulunmaktadır.<sup>134</sup> K.I.S.S.'in yatırımcı açısından çözüm sunduğu önemli bir diğer konu da girişim şirketinin tahmin edilenden fazla değer kazanması ya da öngörülen değerlemenin altında kalması durumunda yatırımcının nasıl korunacağıdır. K.I.S.S. sözleşmelerinde bunun sağlanabilmesi için sözleşmelerde farklı seçenekler sunulmaktadır. Bu seçeneklerden ilki olan değerlendirme sınırı olarak Türkçeye çevirebileceğimiz seçenek K.I.S.S.'in her iki tür sözleşmesinde de bulundurulabilecek özelliklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu özellik ile yatırımcılar, şirketin tahmin edilenin çok üzerinde bir değer artışı ile başka bir yatırım alması durumunda; yaptıkları yatırımın erimesinin önüne geçebilmektedir. Yatırımcı ile ortaklaşa bir şekilde belirlenen bu değerlendirme sınırı<sup>135</sup> şirketlerin bir sonraki turlar için kendilerine bir değer belirlemelerine de yardımcı olmaktadır.

Değerleme sınırı ile birlikte genellikle sözleşmelerde bulunan bir diğer özellik de indirim (*discount*) olarak adlandırılan durumdur. Bu özellik K.I.S.S. ile yatırım yapan yatırımcıların bir sonraki turda gerçek değer artışı üzerinden değil indirimli değer artışı üzerinden yatırımlarını hisseye dönüştürmelerine olanak sağlar.<sup>136</sup> Bu özellik de şirketin olağan dışı değer artışının yatırımcının K.I.S.S. ile yaptığı yatırımın erimesinin önüne geçmek içindir.

<sup>134</sup> Amit Singh, SAFE to KISS: The Next Generation of Startup Financing, 2019, <https://www.startupblog.com/safe-to-kiss-the-next-generation-of-startup-financing/> (erişim tarihi 23.06.2021).

<sup>135</sup> “Paya dönüşüm oranının hesaplanması için kullanılan ve dönüşüme konu pay bedeli hesaplanırken ilgili yatırım tavanının kullanılması ile yatırımcının beklentisinin üzerinde bir değerlendirme alan ortaklıktan pay edinmesindeki maddi menfaatin azalmasını engelleyen hesaplama vasıtası bir fiktif tutar” olarak tanımlanmaktadır (bkz. Karatay, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cCqe3mMwZgY1ZAuzBiOaYA&no=ExDtfSSeI24-TNjhQ-dcaw>, s. 43).

<sup>136</sup> Eqvista, <https://eqvista.com/kiss-or-keep-it-simple-security-convertible-note-calculator/>.

### C. Simple Agreement for Future Equity (S.A.F.E.)

*Simple Agreement for Future Equity*<sup>137</sup> (S.A.F.E.), yatırımcı ile girişimci/girişim şirketi arasında akdedilen ve girişim şirketine yapılan nakit yatırımın karşılığının gelecekte bir tetikleyici olay<sup>138</sup> yaşanması halinde girişim şirketinden hisse verilmesi yoluyla alındığı bir sözleşme olup<sup>139</sup> YC kısaltmasıyla da tanınan dünyaca ünlü girişim hızlandırma programı Y Combinator tarafından 2013 yılının sonlarında, *Convertible note*'a alternatif olarak tasarlanmıştır.<sup>140</sup>

S.A.F.E., Amerikan hukuku temelli<sup>141</sup> bir sözleşme olduğundan Türk hukukunda bir karşılığını bulmak oldukça güçtür. Hukuki nitelik bakımından bakıldığında S.A.F.E., *convertible note* türü bir kıymetli evrak olmadığı gibi bir borç senedi de değildir.<sup>142</sup> Bu nevi şahsına münhasırlığı da gerek yatırımcı gerek de girişimci açısından farklı avantaj ve dezavantajlar ortaya çıkarmaktadır. Bu avantaj ve dezavantajlara değinmeden evvel farklı S.A.F.E. türlerine değinmek faydalı olacaktır.

Temel olarak 4 farklı tür S.A.F.E. vardır. Bunlar:

Orijinal İsmi	Türkçe Çevirisi
<i>Valuation Cap, No Discount</i>	(Değerleme Sınırı Var, İndirim Yok)
<i>Discount, No Valuation Cap</i>	(Değerleme Sınırı Yok, İndirim Var)
<i>Valuation Cap and Discount</i>	(Değerleme Sınırı Var, İndirim Var)
<i>MFN (Most Favored Nation) No Valuation Cap, No Discount</i>	(En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ile Birlikte Değerleme Sınırı Yok, İndirim Yok)

**Tablo 1:** S.A.F.E. Türleri

Tablo 1’de sayılan S.A.F.E. türlerinden en sık karşılaşılan; değerlendirme sınırının olduğu ancak indirimin olmadığı, bir başka ifadeyle “*Valuation Cap, No Discount*” olarak adlandırılan türdür. Bu türlerin ne olduğunun anlaşılabilmesi

<sup>137</sup> Resmi bir Türkçe çevirisi bulunmamaktadır. Ancak Gelecekteki Paya Dayalı Finansman için Yalın Sözleşme çevirisiyle kullanılmaktadır (Detaylı okuma için bkz. Karatay, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cCqe3mMwZgYIZAUzBiOaYA&no=ExDtfSSeI24-TNjhQ-dcaw>, s. 43).

<sup>138</sup> İngilizce’de *trigger event* kavramı ile kullanılmaktadır. Tetikleyici olaya örnek olarak şirketin halka açılması, yatırım alması, birleşme ve devralma durumları sayılabilmektedir.

<sup>139</sup> Mohsen Parsa, Inc., “What Startups Need to Know About Simple Agreement for Future Equity (SAFE)”, n.d. <https://www.parsalaw.com/what-startups-should-know-about-simple-agreement-for-future-equity> (erişim tarihi 10.06.2021).

<sup>140</sup> S.A.F.E. sözleşme taslakları <https://www.ycombinator.com/documents/> üzerinden erişime açıktır.

<sup>141</sup> Amerikan hukukunda Securities Exchange Act of 1934 yasası altında düzenlenmektedir.

<sup>142</sup> Jill McKnight, *The Simple Agreement for Future Equity: a SAFE Way of Raising Capital*, 2020, <https://legalvision.com.au/simple-agreement-for-future-equity-a-safe-way-of-raising-capital/> (erişim tarihi 12.06.2021).

için ‘sınırlama’ ve ‘indirim’ kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Sınırlama belirlenen S.A.F.E. türlerinde, girişim şirketinin değerlemesinin en fazla olabileceği sınır kararlaştırılmakta ve şirketin değerlemesi bu sınırın üzerinde dahi kalsa, yatırımcı yatırımını bu sınır üzerinden hisseye çevirmekte, böylece yatırımının öngörülemeyen miktarlarda erimesinin önüne geçilmektedir.<sup>143</sup> İndirim belirlenen S.A.F.E. sözleşmelerinde ise, yatırımcının mevcut şirket değerlemesi üzerinden değil, belirlenen indirim uygulanarak hesaplanan değer üzerinden hisse alması söz konusu olmaktadır.<sup>144</sup> Görülebileceği gibi, indirim ve değerlendirme sınırının birlikte bulunduğu bir S.A.F.E. kurgulanabileceği gibi, birinin mevcut olup diğerinin olmadığı S.A.F.E. sözleşmeleri hazırlamak da mümkündür. Ne sınırlandırmanın ne indirimin olduğu ve yalnızca ‘en çok gözetilen ulus kaydı’na yer verilen S.A.F.E. sözleşmelerinde ise, yatırımcı, ilerideki yatırım turlarındaki diğer yatırımcılara sağlanan en iyi haklara sahip olmaktadır.<sup>145</sup>

Son olarak S.A.F.E.’in avantaj ve dezavantajlarından bahsedilecek olursa, yatırımcı ve girişimci açısından şöyle bir değerlendirme yapılması yerine olacaktır:

S.A.F.E. imzalamak maliyet olarak üzerinde uzun müzakereler gerçekleştirilen sözleşmelere göre nispeten ucuz olduğundan, sözleşmenin maliyetine katlanacak olan taraf için bir avantaj olarak görülmektedir. Girişim şirketi bakımından söylenebilecek bir avantaj, S.A.F.E. sözleşmesinin bir vadesi olmaması ve tetikleyici olay gerçekleşene kadar yürürlükte kalmasıdır. Böylece, girişim şirketi bir vade baskısı altına girmemektedir.<sup>146</sup> İlâveten, henüz hisse vermeksizin yatırım alan girişim şirketi, kararlarını bir yatırımcıya sormak zorunda kalmaksızın uygulamakta ve büyüme için gereken adımları atmaktadır.

Yatırımcı açısından avantajı, yatırımcının henüz değerlemesi belli olmayan bir şirketten düşük değerlendirme ile hisse almaktansa, o şirkete yaptığı ön yatırım ile şirketi güçlü bir değerlemeye taşıyarak indirimli olarak hisse alıyor olmasıdır.<sup>147</sup> Ek olarak, S.A.F.E. sözleşmesine eklenen bir hükümle, girişim şirketinin tasfiyesi/iffası halinde, yatırımcının yatırımını öncelikle nakit olarak alabileceği kararlaştırılabilmekte ve böylece yatırımcı öngörülmeleyen kötü bir duruma karşı da korunmuş olmaktadır.<sup>148</sup>

<sup>143</sup> Michael Reid / Morgan McDonald / Becky Rock, *Demystifying SAFEs: The good, the bad, and the ugly*, 2020, <https://www.dlapiper.com/en/canada/insights/publications/2020/07/demystifying-safes/> (erişim tarihi 11.06.2021).

<sup>144</sup> Reid / McDonald / Rock.

<sup>145</sup> PWC, *Look Carefully Before Choosing “Simple” Venture Financing Alternatives*, n.d. <https://www.pwc.com/us/en/services/audit-assurance/accounting-advisory/venture-financing.html> (erişim tarihi 10.06.2021).

<sup>146</sup> PWC, <https://www.pwc.com/us/en/services/audit-assurance/accounting-advisory/venture-financing.html>.

<sup>147</sup> Singh, <https://www.startupblog.com/safe-to-kiss-the-next-generation-of-startup-financing/>.

<sup>148</sup> Singh, <https://www.startupblog.com/safe-to-kiss-the-next-generation-of-startup-financing/>.

## SONUÇ

Girişim şirketlerinin nakit finansman ihtiyacını gidermek için kullanabilecekleri birçok dış finansman kaynağı olduğunu söylemek mümkündür. Bu finansman kaynakları, bir başka ifade ile fon mekanizmaları, çeşitli ölçütlere göre birbirlerinden farklılık göstermektedir. Ne var ki, bunların karşılaştırılması için kullanılması gereken girişim şirketi açısından doğurduğu sonuca göre en önemli ölçüt, kullanılan fon mekanizmasında yatırımcıya girişim şirketinden hisse verilip verilmediğidir.

Yatırımcının girişim şirketinde hissedar sıfatını kazandığı başlıca fon mekanizmaları, bireysel katılım yatırımcılığı veya daha yaygın kullanılan ismiyle melek yatırım, girişim sermayesi yatırım ortaklıkları/fonları, paya dayalı kitle fonlaması ve halka arzdır. Bu dört fon mekanizması kendi içerisinde öncelikle yatırım öncesinde yatırımcıların kimliklerinin belirli olup olmamasına göre ikiye ayrılacaktır. Böyle bir ayrımın sağlayacağı yarar, fon mekanizmasını tercih ederken yatırımcının kimliğine bağlı bir yan hak beklentisine girilip girilemeyeceğinin ölçülmesidir. Bireysel katılım yatırımcılığı ve girişim sermayesi yatırım ortaklığında, yatırım için müzakere edilen kişi veya kişiler girişim şirketinin bilgisi dahilindedir. Böylece yatırımcı, yatırımın eksi ve artılarını değerlendirirken bunu da göz önünde tutabilmektedir.

Bireysel katılım yatırımcılığı, Türk hukukunda bir yönetmelik ile düzenlenmiş olup, yatırımcı yatırımın karşılığında yatırım tutarının bir kısmını gelir vergisinden indirebilmektedir. Girişim şirketi açısından bu fon mekanizmasının başlıca faydası, yatırımcının aynı zamanda know-how ve network imkanlarını da vadediyor olmasıdır.

Girişim sermayesi yatırım ortaklıkları veya onların tüzel kişiliği haiz olmayan versiyonları olan girişim sermayesi yatırım fonları, Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında çıkarılan tebliğle ile Türk hukukunda düzenlenmektedir. Bireysel katılım yatırımcılığına kıyasla, daha fazla nakdi getiri sağlayabilecek olan girişim sermayesi yatırım ortaklıkları/fonları, bireysel katılım yatırımcılığında olduğu gibi know-how ve network'ü bir değer vaadi olarak girişim şirketine sunmamaktadır.

Geniş ve bilinmez bir kitleden alınan bir yatırım olan paya dayalı kitle fonlaması, Türk hukukuna 2019 yılında Sermaye Piyasası Kanunu'na yapılan eklemeler ve sonrasında Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan bir tebliğ ile dahil olmuş ve paya dayalı kitle fonlaması faaliyeti detaylıca düzenlenmiştir. Buna göre, paya dayalı kitle fonlamasının yapılabileceği kitle fonlama platformlarına, paya dayalı kitle fonlaması faaliyetine, paya dayalı kitle fonlaması yapabilecek girişim şirketlerine/projelere ilişkin bir çerçeve çizilmiştir. Belirtilen esaslara uygun düşen girişimlerin/girişim şirketlerinin çok zor olmayan bir usulü takip ederek, kendileri için iyi miktarlarda fon elde etmeleri bu fon mekanizması aracılığıyla mümkün olmaktadır.

Paya dayalı kitle fonlamasına tanım olarak benzer görünse de esas itibarıyla hem ortaya çıkış zamanları hem tabii oldukları hukuki düzenlemeler hem de izlenilmesi gereken prosedürler anlamında çok farklı olan halka arz ise, özellikle erken aşamadaki girişim şirketleri için uygun olmasa da, sağladığı avantaj itibarıyla, bu mekanizmaya hazır olan girişim şirketlerine epey fayda sağlamaktadır.

Yatırımcıya yatırımı karşılığında hisse verilmeyen başlıca fon mekanizmaları, ilk dijital para arzı, bağış bazlı kitle fonlaması, ödül bazlı kitle fonlaması ve borç bazlı kitle fonlamasıdır.

İlk dijital para arzı, kriptoparanın ortaya çıkışı ile birlikte olmuş, bir white-paper ile girişimi hakkında bilgi veren girişim şirketi, sık kullanılan kriptoparalar karşılığında yatırımcıya bir token veya coin satmaktadır.

Bağış bazlı kitle fonlaması, Türk Borçlar Kanunu kapsamında bir bağışlaşma sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek, girişim şirketlerinin bir kitle fonlama platformu üzerinden karşılıksız kazandırmaya dayanarak fon topladığı bir fon mekanizmasıdır. Girişim şirketlerine fazla bir fon sağlamamakla birlikte hiçbir maliyeti olmaması bakımından tercih sebebi olabilecek bir yöntemdir.

Ödül bazlı kitle fonlaması, önceden bir hedef belirleyerek, belirli bir süre içerisinde hedeflenen fona ulaşabilen girişim şirketlerinin yatırımcılara önceden belirlenmiş ödülleri verme taahhüdü altında olduğu bir fon mekanizmasıdır. Hedeflenen fona ulaşamaması halinde, kitle fonlama platformu, yatırımcılara yatırım tutarlarını iade etmektedir. Erken aşamada olan birçok girişim şirketi tarafından tercih edilebilecek, ancak henüz Türk hukukunda bir düzenlemeye tabi olmayan ödül bazlı kitle fonlama mekanizması girişim şirketi dinamikleri ile örtüşen bir yöntemdir.

Borç bazlı kitle fonlaması, global olarak girişim şirketlerine en çok fon kazandıran fon mekanizmalarından biri olarak, faiz ile borçlanma denkleminde bankalara duyulan ihtiyacı azaltması bakımından oldukça yenilikçi ve sık başvurulan bir fon mekanizmasıdır. Türk hukukunda Sermaye Piyasası Kanunu'nda yapılan bir değişiklik ile tanınmış olmakla birlikte henüz esaslarını düzenleyen ikincil mevzuat çıkarılmamış olduğundan Türk girişim şirketleri arasında henüz yaygın olmayan bir yöntemdir.

Son olarak yatırımcının yatırımı karşılığında hisse veya yatırım tutarını alabileceği, taraflardan birine buna ilişkin seçimlik hak tanıyan fon mekanizmaları mevcuttur.

Türk hukukundaki paya dönüştürülebilir tahvile epey benzer olmakla birlikte, uygulama kolaylığı açısından girişim şirketi dinamiklerine uygun düşen *convertible note*, yatırımcının belirlenen vade sonunda girişim şirketinden hisse alabilmesini veya faizi ile birlikte yatırım tutarını geri alabilmesini sağlamaktadır.



*Convertible note*'a alternatif olarak çıkarılmış K.I.S.S. ve S.A.F.E. sözleşmeleri, Türk hukukuna henüz kavram olarak dahi girmemiş olmakla beraber, sözleşme serbestisi kapsamında uygun düştüğü ölçüde kullanılabilir. K.I.S.S. ile *convertible note*'a benzer şekilde yatırımcı girişim şirketinden hisse veya yatırım tutarını geri alabilmektedir. S.A.F.E.'de ise, yatırımcının girişim şirketinden hisse alması bir tetikleyici olaya bağlanmıştır. Bu fon mekanizmaları sayesinde, girişimci en baştan yatırımcıya hisse vermeme avantajına sahip olmakta, yatırımcı ise henüz nasıl bir gelişim göstereceği belli olmayan bir şirkete ortak olmayarak, daha sonra artan şirket değerlemesinden indirimli bir şekilde hisse alma taahhüdü almış olmaktadır.

Bu çalışmada, okuyucuya, girişim şirketlerinin sermaye ihtiyaçlarını gidermek için başvurabilecekleri farklı mekanizmalar sunulmuş ve bu mekanizmalar arasında tercih yapılırken, her bir mekanizmanın yapısının bilinmesi ve girişim şirketi açısından avantaj ve dezavantajlarının farkında olunarak bir seçim yapılması gerektiği açıklanmıştır. Ele alınan finansman yöntemlerinden bazılarının hukuki zemininde eksiklik olduğu hatta bazılarının Türk hukukunda tam karşılığı olmadığı, bazı finansman yöntemlerinin getirilerinin diğerlerine nazaran daha az olduğu, bazılarının nakdi sermayeye ek olarak girişim şirketine başka tür sermaye de sağlayabildiği hususları tespit edilmiş ve vurgulanmıştır.

## KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ**, Betül / **AYANOĞLU**, Yıldız / **YANIK**, Serap S., “*Muhasebe Bakış Açısından Bağış (Yardım) ve Ödüle Dayalı Kitlesele Fonlama*”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı: 86, ss. 57-78, Yıl: 2020, doi: 10.25095/mufad.710215 (erişim tarihi 12.06.2021).
- AKSAN**, Melih, *Girişim Sermayesi Hukuku 104: Paya Dönüştürülebilir Borç Yöntemi ile Yatırım ve Yüksek Çözünürlüklü Yatırım*, 2018, [https://medium.com/@melih.a/girisim-sermayesi-hukuku-104-paya-dönüştürülebilir-borç-yöntemi-ile-yatırım-ve-yüksek-8ff067b495c](https://medium.com/@melih.a/girisim-sermayesi-hukuku-104-paya-donusturulebilir-borç-yöntemi-ile-yatırım-ve-yüksek-8ff067b495c) (erişim tarihi 10.06.2021).
- AKSOY**, Sema, *Anonim Şirketlerde Pay ve Payın Devri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=ZboObcYJSzn6\\_aEd5VOICg&no=u1LRsBNm3\\_-Rc9HYIYymEg](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=ZboObcYJSzn6_aEd5VOICg&no=u1LRsBNm3_-Rc9HYIYymEg) (erişim tarihi 13.06.2021).
- ATİLLA**, Onur, *Girişimciliğin Finansmanında Risk Sermayesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=tl7\\_5Pk8iz095k6OZcD5qA&no=P9YyM5voVotAj4gusRxsAQ](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=tl7_5Pk8iz095k6OZcD5qA&no=P9YyM5voVotAj4gusRxsAQ) (erişim tarihi 11.06.2021).
- ATSAN**, Nuray / **ORUÇ ERDOĞAN**, Eda, “*Girişimciler İçin Alternatif Bir Finansman Yöntemi: Kitlesele Fonlama (Crowdfunding)*”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı: 10(1), ss. 297- 320, Yıl: 2015, <https://dergipark.org.tr/en/pub/oguiibf/issue/56487/785420> (erişim tarihi 10.06.2021).
- BAHTİYAR**, Mehmet, *Sermaye Piyasası Hukukuna Giriş*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- BALDRIDGE**, Rebecca, *What is a Startup?*, Forbes Advisor, 2021, <https://www.forbes.com/advisor/investing/what-is-a-startup/> (erişim tarihi 06.06.2021).
- BANKACILIK DÜZENLEME VE DENETLEME KURULU**, *Duyurular*, Kripto Para Açıklaması, n.d., [https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru\\_0512\\_01.pdf](https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf) (erişim tarihi 01.06.2021).
- BERNTHAL**, J. Brad, “*The Evolution of Entrepreneurial Finance: A New Typology*”, Brigham Young University Law Review, Yıl: 2018, <https://scholar.law.colorado.edu/articles/1215/> (erişim tarihi 11.06.2021).
- BRIGGS**, Jeffrey, *For Founders Raising Capital: Thinking Through the Implications of Convertible Notes*, 2018, <https://www.toptal.com/finance/startup-funding-consultants/convertible-note> (erişim tarihi 23.06.2021).
- CHAPLINSKY**, Susan J. / **BECKER**, Joseph M., “*Convertible Notes: A Form of Early-Stage Financing*”, University of Virginia Darden Business Publishing, Sayı: UVA-F-1925, Yıl: 2019, <https://ssrn.com/abstract=3682592> (erişim tarihi 10.06.2021).
- CUMMING**, Douglas J. / **JOHAN**, Sofia A., “*Crowdfunding Models: Keep It All Versus All Or Nothing*”, Crowdfunding, Cumming, Douglas J. / Johan, Sofia A., Academic Press, 2020, <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-814637-8.00005-6> (erişim tarihi 23.06.2021).

- ÇAĞLAR**, Muhammet Tunahan, “*Yeni Nesil Alternatif Finansman Yöntemi Olarak Kitleli Fonlama: Dünya ve Türkiye Uygulaması*”, Uygulamalı Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, ss. 18-34, Yıl: 2019, <https://dergipark.org.tr/en/pub/iuusbd/issue/49387/572366> (erişim tarihi 11.06.2021).
- DÜDEN**, Seren, *Anonim Şirketlerde Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- EKİCİ**, Oya / **SIRMA**, İbrahim / **AYTÜRK**, Yusuf, “*Alternatif Finansman Yöntemi Olarak Kitle Fonlaması ve Yenilikçilik İlişkisi*”, BDDK Bankacılık ve Finansal Piyasalar Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, ss. 205-219, Yıl: 2019, [https://www.bddk.org.tr/Content/docs/bddkDergiTr/dergi\\_0026\\_06.pdf](https://www.bddk.org.tr/Content/docs/bddkDergiTr/dergi_0026_06.pdf) (erişim tarihi 07.06.2021).
- EQVISTA**, *KISS or Keep It Simple Security Convertible Note Calculator*, 2020, <https://eqvista.com/kiss-or-keep-it-simple-security-convertible-note-calculator/> (erişim tarihi 10.06.2021).
- ESİN**, İsmail, *Birleşme ve Devralmalar*, 3. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- EUROPEAN COMMISSION**, Rewards-Based Crowdfunding, n.d., [https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards\\_en](https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/crowdfunding-guide/how-to/rewards_en) (erişim tarihi 23.06.2021).
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY**, *Consumer Warning About the Risks of Initial Coin Offerings*, 2017, <https://www.fca.org.uk/news/statements/initial-coin-offerings> (erişim tarihi 12.06.2021).
- FRANKENFIELD**, Jake, *Initial Coin Offering (ICO)*, Investopedia, 2020, <https://www.investopedia.com/terms/i/initial-coin-offering-ico.asp> (erişim tarihi 11.06.2021).
- FUNDLY**, *Crowdfunding Statistics*, 2020, <https://blog.fundly.com/crowdfunding-statistics/#general> (erişim tarihi 10.06.2021).
- HACİÖMEROĞLU**, Abdülhamid Oğuzhan, “*Paya Dayalı Kitle Fonlamasında Kamuyu Aydınlatma*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 15, ss. 273-307, Yıl: 2020, <https://dergipark.org.tr/en/pub/mdergi/issue/55178/757584> (erişim tarihi 08.06.2021).
- HARROCH**, Richard, *20 Things All Entrepreneurs Should Know About Angel Investors*, Forbes, 2015, <https://www.forbes.com/sites/allbusiness/2015/02/05/20-things-all-entrepreneurs-should-know-about-angel-investors/> (erişim tarihi 06.06.2021).
- HAYES**, Adam, *White Paper*, Investopedia, 2021, <https://www.investopedia.com/terms/w/whitepaper.asp> (erişim tarihi 11.06.2021).
- HECHT**, Jared, *Are You Running a Startup or Small Business? What's the Difference?*, Forbes, 2017, <https://www.forbes.com/sites/jaredhecht/2017/12/08/are-you-running-a-startup-or-small-business-whats-the-difference/?sh=cfc77df26c59> (erişim tarihi 06.06.2021).
- İNCE**, Salih Tayfun, *Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları ve Paysahipleri Sözleşmesi*, 1. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- İZMİRLİ ATA**, Fatma, “*Yeni Nesil Finansman Yöntemi Olarak Kitle Fonlama: Türkiye Potansiyeli*”, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 2, ss. 273-296, Yıl: 2018, <https://dergipark.org.tr/en/pub/cbayarsos/issue/38081/439447> (erişim tarihi 08.06.2021).

- KARAÇAY**, Habib / **VAROL**, Çiğdem, “*Sosyo-Ekonomik Kalkınmada Fiziki, Beşeri ve Sosyal Sermaye Yatırımları: Vakıflar Genel Müdürlüğü Örneği*”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 17(3), ss. 100-121, Yıl: 2015, <https://dergipark.org.tr/en/pub/gaziuiibfd/issue/28305/300780> (erişim tarihi 07.06.2021).
- KARATAY**, Elçin, *Amerikan Hukuku Kaynaklı SAFE’lerin Türk Hukuku Kapsamında İncelenmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cCqe3mMwZgYIZAuzBiOaYA&no=ExDtfSSel24-TNjhQ-dcaw> (erişim tarihi 10.06.2021).
- KAYA**, Ali Bayram, “*Garib-Name’de Ölüm ve Ölümsüzlük*”, Osmanlı Araştırmaları, Cilt: XXVII, ss. 183-214, Yıl: 2006, [http://turkoloji.cu.edu.tr/ESKI%20TURK%20%20EDEBIYATI/bayram\\_ali\\_kaya\\_garibname\\_olum\\_ulumsuzluk.pdf](http://turkoloji.cu.edu.tr/ESKI%20TURK%20%20EDEBIYATI/bayram_ali_kaya_garibname_olum_ulumsuzluk.pdf) (erişim tarihi 06.06.2021).
- KILIÇ**, Ece, *Halka Arz ve Borsa İstanbul’da İşlem Görme Koşulları*, n.d., [https://www.academia.edu/35317431/ECE\\_KILIÇ\\_1\\_BÖL\\_TEZ](https://www.academia.edu/35317431/ECE_KILIÇ_1_BÖL_TEZ) (erişim tarihi 13.06.2021).
- KURNAZ**, Gazi / **BEDÜK**, Aykut, “*Türkiye’de ve Dünyada Melek Yatırımcılık*”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, ss. 27-40, Yıl: 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/286692> (erişim tarihi 11.06.2021).
- KUTI**, Mónika / **MADARASZ**, Gábor, “*Crowdfunding*”, Public Finance Quarterly, Cilt: 59, Sayı: 3, Yıl: 2014, Budapeşte, <https://www.proquest.com/docview/1961508065?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true> (erişim tarihi 07.06.2021).
- MCKNIGHT**, Jill, *The Simple Agreement for Future Equity: a SAFE Way of Raising Capital*, 2020, <https://legalvision.com.au/simple-agreement-for-future-equity-a-safe-way-of-raising-capital/> (erişim tarihi 12.06.2021).
- MEMİŞ**, Tekin / **TURAN**, Gökçen, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- MICHAEL**, Wilfred, *Token c. Coin: What’s the Difference*, n.d., <https://bitcourier.co.uk/blog/token-vs-coin> (erişim tarihi 08.06.2021).
- MOHSEN PARSA, INC.**, *What Startups Need to Know About Simple Agreement for Future Equity (SAFE)*, n.d., <https://www.parsalaw.com/what-startups-should-know-about-simple-agreement-for-future-equity> (erişim tarihi 10.06.2021).
- NAKAMOTO**, Satoshi, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2009, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (erişim tarihi 09.06.2021).
- NIŞANYAN**, Sevan, *Nişanyan Sözlük*, Çağdaş Türkçe Etimoloji Sözlüğü, 2021, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=sermaye> (erişim tarihi 06.06.2021).
- PANIN**, Aleksei / **KEMELL**, Kai-Kristian / **HARA**, Veikko, “*Initial Coin Offering (ICO) as a Fundraising Strategy: A Multiple Case Study on Success Factors*”, Lecture Notes in Business Information Processing, Hyrynsalmi, S. / Suoranta, M. / Nguyen-Duc, A. / Tyrväinen, P. / Abrahamsson, P., Software Business, Cilt: 370, Yıl: 2019, doi: [https://doi.org/10.1007/978-3-030-33742-1\\_19](https://doi.org/10.1007/978-3-030-33742-1_19) (erişim tarihi 08.06.2021).

- PARKER, W.H.**, “*Factors of Production: Labour, Capital and Management*”, The Superpowers, Palgrave Macmillan, Yıl: 1972, Londra, [https://doi.org/10.1007/978-1-349-01336-4\\_8](https://doi.org/10.1007/978-1-349-01336-4_8) (erişim tarihi 06.06.2021).
- PATEL, Samit**, *How Much Can You Actually Raise Through Crowd-Funding?*, 2019, <https://www.quora.com/How-much-can-you-actually-raise-through-crowd-funding> (erişim tarihi 05.06.2021).
- PULAŞLI, Hasan**, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- PWC**, *Look Carefully Before Choosing “Simple” Venture Financing Alternatives*, n.d. <https://www.pwc.com/us/en/services/audit-assurance/accounting-advisory/venture-financing.html> (erişim tarihi 10.06.2021).
- REID, Michael / MCDONALD, Morgan / ROCK, Becky**, *Demystifying SAFEs: The good, the bad, and the ugly*, 2020, <https://www.dlapiper.com/en/canada/insights/publications/2020/07/demystifying-safes/> (erişim tarihi 11.06.2021).
- SAKIZLI, Emre**, “*Alternatif Bir Finansman Yöntemi: Kitlesele Fonlama*”, İktisadi Kalınma Vakfı, Yıl: 2018, <https://www.ikv.org.tr> (erişim tarihi 10.06.2021).
- SCANNAVINO, Nick**, *Introduction to Keep It Simple Security*, 2018, <https://medium.com/law-decrypted/introduction-to-keep-it-simple-security-kiss-38716794a3b1> (erişim tarihi 23.06.2021).
- SINGH, Amit**, *SAFE to KISS: The Next Generation of Startup Financing*, 2019, <https://www.startupblog.com/safe-to-kiss-the-next-generation-of-startup-financing/> (erişim tarihi 23.06.2021).
- ŞANLIOĞLU, Doğa**, *Bir Kitlesele Fonlama Türü Olarak ICO (Initial Coin Offering): Hukusal Alt Yapı Açısından Bir Değerlendirme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=cHlfOSyBBhJilyXhOx7muQ&no=S-rbSwbaL0FYyvFSUSG8eA> (erişim tarihi 10.06.2021).
- TETİK, Nevzat / ÖNER, Ahmet**, “*Ülkemiz Girişimcileri İçin Yeni Bir Yatırım Desteği Modeli: Initial Coin Offering (ICO)*”, Muhasebe ve Finans İncelemeleri Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, ss. 13-26, Yıl: 2020, doi: 10.32951/mufider.635743 (erişim tarihi 10.06.2021).
- THATCHER, Nikkie**, *BrewDog smashes £7.5m crowdfunding target in 6 weeks*, Morning Advertiser, 2020, <https://www.morningadvertiser.co.uk/Article/2020/10/28/How-much-has-BrewDog-raised-through-crowdfunding> (erişim tarihi 06.06.2021).
- TÜRK DİL KURUMU**, *Türk Dil Kurumu Güncel Sözlük*, “sermaye”, 2021, <https://sozluk.gov.tr> (erişim tarihi 06.06.2021).
- TÜRKİYE BİLİŞİM VAKFI**, *Kriptopara ve ICO Raporu*, 2020, [https://bctr.org/dokumanlar/Kriptopara\\_ve\\_ICO.pdf](https://bctr.org/dokumanlar/Kriptopara_ve_ICO.pdf) (erişim tarihi 11.06.2021).
- ULUTÜRK CİNBİŞ, Sinem**, “*Türkiye’deki Akredite Melek Yatırımcı Ağlarının Gelişiminin ve Karakteristik Özelliklerinin Analizi*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Girişimcilik Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, ss. 103-122, Yıl: 2017, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1178588> (erişim tarihi 10.06.2021).

- VERICK**, Sher / **ISLAM**, Iyanatul, “*The Great Recession of 2008-2009: Causes, Consequences and Policy Responses*”, Institute of Labor Economics (IZA) Discussion Paper Numarası: 4934, Yıl: 2010, <https://ssrn.com/abstract=1631069> (erişim tarihi 11.06.2021).
- VURAL**, Aslı, *Girişimciler İçin Yeni Nesil Bir Finansman Modeli “Kitle Fonlaması – Crowdfunding”*: Dünya ve Türkiye Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme ve Model Önerisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=mp6leNtom28Z9Yrts89bIg&no=7iDczavSLcejNTgTUM9R7w> (erişim tarihi 10.06.2021).
- WORLD BANK**, *Crowdfunding’s Potential for the Developing World*, Finance and Private Sector Development Department, Washington, 2013, <https://www.infodev.org/crowdfunding> (erişim tarihi 09.06.2021).
- YANLI**, Veliye, “*Paya Dayalı Kitle Fonlaması Düzenlemesi*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 1, Yıl: 2020, <https://www.lexpera.com.tr/literatur/batidermakaleler/paya-dayali-kitle-fonlamasi-duzenlemesi-paya-dayali-kitle-fonlamasi-duzenlemesi-32-33> (erişim tarihi 10.06.2021).
- YAVUZ**, Melih Sefa / **SUYADAL**, Mehmetcan, “*Girişimciliğin Finansmanında Initial Coin Offering (ICO) Yöntemi ve Alternatif Finansman Yöntemleriyle Karşılaştırılması*”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 3, Yıl: 2020, <https://dergipark.org.tr/en/pub/anadoluibfd/issue/56987/795827> (erişim tarihi 09.06.2021).